

# **HARDSHIP-KLAUSULENES VIRKNING I NORSK RETT**



Universitetet i Oslo  
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 550  
Leveringsfrist: 25. april 2011

Til sammen 17 989 ord

19.04.2011

# Innholdsfortegnelse

|                 |  |                  |
|-----------------|--|------------------|
| <b><u>1</u></b> | <b><u>INNLEDNING</u></b>   | <b><u>1</u></b>  |
| <b>1.1</b>      | <b>Avhandlingens tema</b>  | <b>1</b>         |
| <b>1.2</b>      | <b>Kort om hardship-klausuler</b>  | <b>2</b>         |
| 1.2.1           | Utvalget av hardship-klausuler   | 5                |
| 1.2.2           | Common law-tradisjonen og bakgrunnen for hardship-klausulene   | 6                |
| 1.2.3           | Formålet med og behovet for hardship-klausuler i norsk rett  | 8                |
| <b><u>2</u></b> | <b><u>HARDSHIP-KLAUSULENES VIRKNING I NORSK RETT</u></b>   | <b><u>10</u></b> |
| <b>2.1</b>      | <b>Hardship-klausulenes anvendelsesområde</b>  | <b>10</b>        |
| 2.1.1           | ICC 1985 og ICC 2003   | 10               |
| 2.1.2           | De relevante bakgrunnsrettslige regler   | 16               |
| 2.1.3           | Problemstillingen  | 17               |
| <b>2.2</b>      | <b>Forholdet til prinsippet om misforholdsbegrensning</b>  | <b>19</b>        |
| 2.2.1           | Regelen etter norsk rett   | 19               |
| 2.2.2           | Rettsvirkningene etter hardship-klausulen  | 22               |
| 2.2.3           | Interaksjonen mellom hardship-klausulen og misforholdsbegrensningen - hvilken av reguleringene skal få forrang?  | 24               |
| <b>2.3</b>      | <b>Forholdet til lempningsregelen i Avtaleloven § 36</b>   | <b>34</b>        |
| 2.3.1           | Den alminnelige lempningsregelen etter norsk kontraktsrett   | 34               |
| 2.3.2           | Lempningsmuligheten etter hardship-klausulen   | 36               |
| 2.3.3           | Interaksjonen mellom hardship-klausulen og avtl. § 36 - hvilken av lempningsgrunnlagene skal få forrang?         | 39               |
| <b>2.4</b>      | <b>Forholdet til forutsetningslæren</b>  | <b>47</b>        |
| 2.4.1           | Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger  | 47               |
| 2.4.2           | Lempningsmuligheten etter hardship-klausulen   | 50               |
| 2.4.3           | Interaksjonen mellom hardship-klausulen og forutsetningslæren - hvilken av lempningsgrunnlagene skal få forrang? | 51               |
| <b><u>3</u></b> | <b><u>AVSLUTNING</u></b>   | <b><u>55</u></b> |

|                 |                                   |                  |
|-----------------|-----------------------------------|------------------|
| <b><u>4</u></b> | <b><u>KILDEREGISTER</u></b>       | <b><u>57</u></b> |
| <b>4.1</b>      | <b>Lov- og forarbeidsregister</b> | <b>57</b>        |
| <b>4.2</b>      | <b>Rettspraksis</b>               | <b>57</b>        |
| <b>4.3</b>      | <b>Litteraturliste</b>            | <b>58</b>        |

# 1 Innledning

## 1.1 Avhandlingens tema

Temaet for avhandlingen er hardship-klausulenes virkning i norsk rett.

En av hovedproblemstillingene innen kontraktsretten er hvilken betydning uventede eller ekstraordinære forhold skal ha for partenes rettigheter og plikter etter kontrakten.<sup>1</sup> Hardship-klausuler er en av flere eksempler på kontraktsregulering med siktemål å håndtere risikoen for endringer, herunder å gjenopprette likevekten i kontraktsforholdet, dersom denne er blitt forrykket på grunn av uforutsette omstendigheter.<sup>2</sup> Bakgrunnen er at vi lever i en verden som forandrer seg kjapt, slik at det er vanskelig for partene med sikkerhet å forutse hva avtalebindingen kan føre med seg av konsekvenser i fremtiden.<sup>3</sup> Det betyr ikke at det ikke finnes etablerte metoder for å angripe problemet. Tvert i mot har vi å gjøre med et av avtalerettens klassiske problemstillinger, nemlig hvordan takle uforutsette endrede omstendigheters innvirkning på kontraktsforholdet.

Hardship-klausulene forekommer først og fremst i kommersielle og langvarige kontraktsforhold, som samarbeids- og prosjekteringsavtaler. Disse kontraktene preges ofte av det man kan kalle en angloamerikansk kontraktstil. Med dette menes at kontrakter under common law-regimer gjerne søker å regulere *alt* i kontrakten, slik at de utformes langt mer detaljert og omfattende enn det som har vært tradisjonen i civil law-regimer og den kontinentale rettstradisjonen.<sup>4</sup> Bakgrunnen for dette vil bli utdypet nærmere under kapittel 1.2.2. Forskjellene i de grunnleggende trekk ved common law-tradisjonen sammenlignet med civil law-tradisjonen, herunder norsk rett, er til dels meget betydelige. Når parter under civil law-regimer lar seg inspirere av den angloamerikanske skrivestil, og utarbeider kontrakter som regulerer alle detaljer, vil

---

<sup>1</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 242-243 og Lehrberg (1999) s. 11.

<sup>2</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 310.

<sup>3</sup> Lehrberg (1999) s. 11-12.

<sup>4</sup> Bruserud (2010) s. 28.

kontrakten også kunne ta for seg forhold som allerede er regulert i bakgrunnsretten.

Temaet er interessant fordi vi i norsk rett har rettsregler som gir mulighet til å revurdere en kontrakt dersom det har oppstått uventede omstendigheter som forrykker balanseforholdet. Formålet med avhandlingen er således å analysere interaksjonen mellom en inntatt hardship-klausul og norsk bakgrunnsrett. Problemstillingen er da hvordan hardship-klausulene virker når de underkastes en rettstradisjon som allerede regulerer klausulens tema. Med andre ord hvilke virkninger hardship-klausulen har for anvendelsen av norsk bakgrunnsrett, og motsatt, hvilken innvirkning bakgrunnsretten har for at klausulen kan anvendes etter sitt formål.

## 1.2 Kort om hardship-klausuler

Det engelske uttrykket "hardship" er i Black's law dictionary definert som "Privation; suffering or adversity".<sup>5</sup> En mulig oversettelse kan være en situasjon som forårsaker tap eller motgang og som innebærer en tilstand som det er vanskelig å holde ut.

Selv om det ikke kan sies å foreligge en alminnelig akseptert definisjon av begrepet "hardship-klausuler", kan det oppstilles visse karakteristiske trekk som det må antas å være enighet om i den juridiske teori. En typisk hardship-klausul har hovedsakelig to aspekter.<sup>6</sup> For det første vil den definere hva som anses som en relevant "hardship". I kommersielle kontrakter vil dette som regel være en endring i økonomiske, finansielle, juridiske eller tekniske faktorer som har en særlig innvirkning på kontraktsforholdet, slik at det oppstår en ubalanse i kontrakten. For det andre vil klausulen pålegge reforhandling, med siktemål å tilpasse kontrakten de endrede omstendighetene. I juridisk teori omtales hardship-klausuler gjerne som reforhandlingsklausuler, med det hovedsakelige formål å regulere situasjonen når kontraktsforholdet har blitt forrykket på grunn av utenforliggende omstendigheter.<sup>7</sup> Med "reforhandlingsklausul" menes at hardship-klausulen pålegger partene en plikt til å reforhandle kontrakten når en relevant innvirkning har oppstått og en av partene krever det.

---

<sup>5</sup> Black's law dictionary (2009) s. 784.

<sup>6</sup> UNCITRAL (1987) s. 242.

<sup>7</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 310, Bruserud (2010) s. 21-23 og De Ly/Fontaine (2006) s. 457.

At det foreligger en reforhandlingsplikt innebærer imidlertid ikke at partene har noen plikt til å bli enige.<sup>8</sup> Hardship-klausulen gir ingen rett til faktisk å få endret kontrakten. For at klausulen skal ha noen realitet, er det antatt i teorien at partene i det minste har en plikt til å yte en viss innsats og å komme med konstruktive innspill, i forsøk på å komme til enighet om en revidert kontrakt.<sup>9</sup> Plikten til å foreta et reelt forhandlingsforsøk må kunne hjemles i den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, som er et grunnleggende prinsipp i norsk kontraktsrett.<sup>10</sup> En slik forståelse har støtte i artiklene om "hardship" utarbeidet i prinsippsamlingene UNIDROIT Principles<sup>11</sup>, PECL<sup>12</sup> og DCFR<sup>13</sup>, som vil behandles nærmere i kapittel 1.2.1. Etter kommentarene til UNIDROIT Principles art. 6.2.3 "Hardship" og PECL art. 6.111 "Change of Circumstances" skal disse leses på bakgrunn av prinsippet om "Good faith and fair dealing" hjemlet i henholdsvis art. 1.7 og art. 1:201.<sup>14</sup> I DCFR book III art. 1:110 "Variation or termination by court on a change of circumstances" nr. 3 bokstav d følger at den rammede part må ha forsøkt, rimelig og i god tro, å oppnå ved forhandlinger en rimelig og rettferdig regulering av vilkårene før han/hun kan gå til domstolene. I juridisk teori er det antatt at manglende medvirkning under reforhandlingene må behandles som mislighold og at det kan møtes med de alminnelige kontraktsbruddsvirkningene.<sup>15</sup> Dette gjelder typisk krav om naturaloppfyllelse, erstatningsansvar og heving av kontrakten.

Hva som skal skje dersom reforhandlingene strander, og det ikke skyldes mislighold hos den ene part, kan partene regulere i kontrakten. Konsekvensene av at partene ikke oppnår enighet kan for det første være at kontrakten fortsetter å gjelde etter

---

<sup>8</sup> Meidell (2002) s. 503, Bruserud (2010) s. 291, Grönfors (1995) s. 78 og De Ly/Fontaine (2006) s. 480.

<sup>9</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 311 og Meidell (2002) s. 503.

<sup>10</sup> Se drøftelse i Bruserud (2010) s. 292-296.

<sup>11</sup> Jf. The International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) Principles of International Commercial Contracts.

<sup>12</sup> Jf. The Principles of European Contract Law (PECL).

<sup>13</sup> Jf. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR).

<sup>14</sup> UNIDROIT Principles (2004) s. 190 og PECL (2000) s. 326.

<sup>15</sup> Grönfors (1995) s. 67, Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 312, Meidell (2002) s. 505 og Bruserud (2010) s. 338-351.

sitt opprinnelige innhold.<sup>16</sup> For det andre kan den rammede part ha rett til å bringe kontraktsforholdet til opphør.<sup>17</sup> For det tredje kan partene ha inntatt en subsidiær regulering om at spørsmålet om endring skal bringes inn for et tvisteløsningsorgan. De vanligste tvisteløsningsorganene er de alminnelige domstoler<sup>18</sup>, voldgift<sup>19</sup> eller uttalelse fra en utenforstående og nøytral "ekspert".<sup>20</sup> Ekspertprosedyren kan være av både bindende og rådgivende karakter, men dersom ekspertavgjørelsen er bindende for partene vil nok reguleringen måtte anses som voldgift i voldgiftslovens forstand.<sup>21</sup>

Partene kan også kontraktsfeste hva som skal skje med kontraktsforpliktelsene under reforhandlingsperioden. F.eks. kan de avtale at oppfyllelsen av forpliktelsen som påstås å være rammet av "hardship" skal fortsette i henhold til den opprinnelige kontrakten, eller de kan fastsette at den rammede part skal ha rett til å innstille sin oppfyllelse inntil reforhandlingsperioden er over.<sup>22</sup> Hvilken betydning slik kontraktsregulering får i relasjon til bakgrunnsretten drøftes nærmere under kapittel 2.2.

Selve rekkevidden av hardship-klausulen må bero på en konkret tolkning av den enkelte klausul. Hvilke endrede omstendigheter som skal gi rett til å påberope reforhandling avhenger derfor av klausulens utforming. Det følger imidlertid av alminnelig kontraktspraksis at den øvrige reguleringen i kontrakten vil være av betydning ved fastleggelsen av hardship-klausulens anvendelsesområde, såkalt systeminnrettet tolkning.<sup>23</sup> F.eks. vil det kunne ha betydning om partene også har inntatt en "Entire agreement-klausul" eller en "Force majeure-klausul". Entire agreement-klausuler fastsetter i korte trekk at kontrakten er ment å være uttømmende og at den erstatter all uformell eller muntlig avtale mellom partene.<sup>24</sup> I norsk rett har nok klausulen størst betydning ved en konkret utfylling av kontrakten, enn for anvendelsen av deklatorisk bakgrunnsrett, ved at den legitimerer større vektlegging av argumenter

---

<sup>16</sup> Se bl.a. ICC 1985 nr. 5 første alternativ.

<sup>17</sup> Se bl.a. ICC 2003 nr. 3.

<sup>18</sup> Se bl.a. ICC 1985 nr. 5 tredje alternativ i.f.

<sup>19</sup> Se bl.a. ICC 1985 nr. 5 tredje alternativ.

<sup>20</sup> Se bl.a. ICC 1985 nr. 5 andre og fjerde alternativ og Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 311.

<sup>21</sup> Jf. definisjonen av voldgiftsbegrepet i Ot.prp. nr.27 (2003-2004) s. 28 og Bruserud (2010) s. 368.

<sup>22</sup> UNCITRAL s. 247.

<sup>23</sup> Woxholth (2009) s. 412.

<sup>24</sup> Black's Law Dictionary (2009) s. 612 og Bjørnstad (2009) s. 12.

basert på slutninger fra kontraktsdokumentet fremfor slutninger basert på prekontraktuelle forhold.<sup>25</sup> Force majeure-klausuler regulerer betingelsene for partenes erstatningsansvar ved kontraktsbrudd. Den foreskriver at visse ekstraordinære og uforutsette omstendigheter skal anses som oppfyllelshindrende, og at dette bl.a. kan medføre at oppfyllestiden utskytes eller et fritak fra erstatningsansvar.<sup>26</sup> Inneholder kontrakten både en hardship-klausul og en force majeure-klausul kan det gi indikasjoner på at spørsmålet om erstatningsansvar er uttømmende regulert i kontrakten. Jeg vil ikke gå nærmere inn på betydningen av at kontrakten også inneholder en entire agreement-klausul eller force majeure-klausul, men kun påpeke at det kan være et moment som taler for at hardship-klausulen må virke enerådende ved konflikt med bakgrunnsretten.

### 1.2.1 Utvalget av hardship-klausuler

Det ville være svært omfattende å skulle foreta en empirisk undersøkelse og analysere flere konkrete eksempler på hardship-klausuler som faktisk er benyttet i kontrakter underlagt norsk rett. Mange av hardship-klausulene som benyttes i praksis synes imidlertid å være mer eller mindre standardiserte. I engelsk rett går de under termen "boilerplate clauses", dvs. standardklausuler som ofte inntas i siste del av kommersielle kontrakter uten nærmere tilpasning til det konkrete kontraktsforholdet.<sup>27</sup> For å nå formålet med avhandlingen, å analysere interaksjonen mellom hardship-klausuler og norsk bakgrunnsrett, er det heller ikke nødvendig å benytte flere konkret utformede hardship-klausuler.

På denne bakgrunn vil jeg i avhandlingen kun ta for meg ordlydene i enkelte modellklausuler, og se hvilken veiledning som isolert sett kan hentes fra disse. Som eksempler på hardship-klausuler har jeg valgt modellklausulene utarbeidet av International Chamber of Commerce (ICC). ICC har siden 1970-tallet utarbeidet forskjellige modellklausuler med siktemål å gi internasjonale kontraktsparter ferdige

---

<sup>25</sup> Bjørnstad (2009) s. 182 og Bruserud (2010) s. 113.

<sup>26</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 274-275.

<sup>27</sup> Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law (2011), Cordero-Moss, Giuditta: "Overview of the book" s. 15 og Bjørnstad (2009) s. 12.



klausuler som de kan implementere i sine kontrakter. Det er grunn til å anta at kontraktsparter lar seg inspirere av modellklausulene ved utforming av konkrete hardship-klausuler, samtidig som de også ofte inkorporeres ordrett i kontraktene. Modellklausulene har i seg selv ingen bindende virkning for partene med mindre de uttrykkelig er inntatt eller henvist til i kontrakten. Jeg vil anvende to av de utformede hardship-klausulene som analyseobjekt, henholdsvis den eldste fra 1985<sup>28</sup> og den yngste fra 2003.<sup>29</sup> Begge er gjengitt nedenfor under kapittel 2.1.1. I tillegg til disse modellklausulene har ICC utarbeidet utformingsforslag, blant annet fra 1981 og 1982. Disse er ikke formelle eksempler på hardship-klausuler og de vil ikke behandles i denne avhandlingen.

Som omtalt inneholder prinsippsamlingene UNIDROIT Principles, PECL og DCFR artikler om "hardship".<sup>30</sup> Disse er ikke modellklausuler eller formelle eksempler på kontraktsklausuler, men derimot såkalt "soft law". Med dette menes at de er ikke-bindende private kodifiseringer, uten annen vekt enn det som ligger i deres overbevisningskraft.<sup>31</sup> Prinsippene er først og fremst ment for de som skal løse tvister, og ikke for å implementeres i kontrakter. Det er imidlertid grunn til å anta at de brukes til inspirasjon når parter skal utforme en egen hardship-klausul i sin kontrakt. I henhold til kommentarene til ICC 2003 er f.eks. store deler av modellklausulen inspirert av UNIDROIT Principles art. 6.2.1 og art. 6.2.2.<sup>32</sup> Da artiklene i prinsippsamlingene ikke er modellklausuler, slik som ICC 1985 og ICC 2003, vil de ikke bli anvendt som analyseobjekter under avhandlingens hoveddel.

### 1.2.2 Common law-tradisjonen og bakgrunnen for hardship-klausulene

Utgangspunktet for tolkningen av kontrakter etter både engelsk og norsk rett er en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Forskjellen i de to rettssystemene er at man

---

<sup>28</sup> Jf. The Hardship clause of the International Chamber of Commerce (1985) s. 18-20, heretter benevnt ICC 1985.

<sup>29</sup> Jf. The ICC Hardship Clause 2003 s. 15, heretter benevnt ICC 2003.

<sup>30</sup> Jf. UNIDROIT Principles (2004) art. 6.2.1 – 6.2.3, PECL (2000) art. 6:111, DCFR (2008) book III art. 1:110.

<sup>31</sup> Se fortalen (the Preamble) til UNIDROIT Principles (2004) s. 1.

<sup>32</sup> ICC 2003 note b, s. 16.

vektlegger ulike hensyn ved ordlydsfortolkningen. Etter norsk rett tilstrebes et resultat som fremtrer rimelig og fornuftig, mens fokuset i engelsk rett er å fremme forutberegnelighet.<sup>33</sup>

Hovedregelen etter engelsk rett er derfor at kontrakten anses uttømmende. Det innebærer at det skal svært mye til før en engelsk dommer vil utfylle kontrakten på grunnlag av bakgrunnsretten, selv om en slik utfylling vil gi et rimeligere resultat. Dette følger også av den såkalte "four-corners rule", som sier at tolkningen som utgangspunkt skal skje innenfor kontraktens rammer. Dersom kontraktens ordlyd er klar skal ikke domstolen ta i betraktning subjektive forhold som ikke fremgår av kontraktsdokumentet, eksempelvis formålet med kontrakten og partenes forutsetninger.<sup>34</sup> Følgende uttalelse i Cheshire, Fifoot and Furmston "Law of Contract" er illustrerende: "...the court is usually concerned not with the parties' actual intentions but with their manifested intention."<sup>35</sup> En slik forståelse følger også av Peel's kommentar i kapittelet "The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law":

"If the parties have made sufficiently clear the intention, there is no room for the 'indirect' control of unreasonableness via interpretation. It is when these limits have been reached that the courts have, on some occasions, felt it necessary to go beyond interpretation. It is precisely at this point that they have been found to have overreached themselves so far as the common law is concerned."<sup>36</sup>

Målet for den engelske dommeren er således å komme frem til en rimelig løsning basert på en tolkning av selve kontraktsdokumentet. Kontraktstolkningen skal skje gjennom en objektiv tolkning av kontraktens ordlyd, dvs. at målet er å finne frem til hva en alminnelig fornuftig person legger i ordlyden.<sup>37</sup> Hensynet til forutberegnelighet styrkes også av "the parol evidence rule". I henhold til denne regelen kan ikke domstolen tillate utenforliggende bevis som søkes benyttet som grunnlag for å endre eller motsi det som

---

<sup>33</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 43 og Meland/Witschel (2007) s. 9-11.

<sup>34</sup> Black's law dictionary (2009) s. 72.

<sup>35</sup> Cheshire (2001) s. 135.

<sup>36</sup> Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law (2011) s. 117.

<sup>37</sup> Meland/Witschel (2007) s. 10.

fremkommer av et skriftlig kontraktsdokument.<sup>38</sup> Det utelukker bl.a. bruk av forhandlingsdokumenter og andre prekontraktuelle dokumenter som motbevis til kontraktens ordlyd. En dommer i et common law-regime vil følgelig være lite villig til å lese inn i kontrakten forpliktelser som ikke uttrykkelig er inntatt.

Common law-tradisjonen motiverer partene til å utarbeide omfattende og utførlige kontrakter, som detaljert forklarer alle forpliktelser partene har påtatt seg. Kontraktene vil dermed etterlate lite til dommerens skjønn og fortolkning. Engelsk rett har ingen mekanismer for å lempe en parts kontraktsforpliktelser dersom endrede omstendigheter gjør det vesentlig vanskeligere for den ene parten å oppfylle kontraktsmessig.<sup>39</sup> I hvilken grad endrede omstendigheter skal ha betydning for kontraktsforholdet må en engelsk dommer finne gjennom en objektiv tolkning av kontraktens ordlyd. Den lille graden av fleksibilitet i det engelske rettssystemet tilsier at partene nok har et større behov for å innta en hardship-klausul i kontrakter underlagt denne rettstradisjon enn i civil law-regimer. Dersom kontrakten ikke inneholder en hardship-klausul kan det vanskelig tenkes at en engelsk domstol vil gi den rammede part rett til å kreve en revurdering av kontrakten. For at partene skal ha en slik rett må de innta dette uttrykkelig i kontrakten, ved en hardship-klausul.

### 1.2.3 Formålet med og behovet for hardship-klausuler i norsk rett

I norsk rett har vi regler som gjør det mulig å få lempet kontraktsforpliktelsene på grunn av forhold oppstått etter kontraktsinngåelsen eller at forholdene ikke er slik man trodde da man inngikk kontrakten.<sup>40</sup> Vilkårene for at disse reglene skal komme til anvendelse er nokså skjønnsmessige. Reglene forutsetter at det har blitt urimelig eller vesentlig mer byrdefullt for den ene part å oppfylle kontraktsmessig. I tillegg er reaksjonsmulighetene svært fleksible. Utgangspunktet er at den del av kontrakten som virker urimelig blir endret. Dersom urimeligheten eller misforholdet er tilstrekkelig omfattende, kan imidlertid hele kontrakten og kontraktsforpliktelsen bortfalle. Det er dermed vanskelig

---

<sup>38</sup> Bjørnstad (2009) s. 19 og Bruserud (2010) s. 112.

<sup>39</sup> Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law (2011), Peel, Edwin: "The common law tradition: application of boilerplate clauses under English law" s.151.

<sup>40</sup> Se bl.a. Hagstrøm/Aarbakke (2004) Kap. 12, Hov (2002) Kap. 12 og Woxholth (2009) Del III Kap. 5.

for den rammede part å vite om den konkrete situasjonen gir grunnlag for å få lempet kontraktsforpliktelsene.

I langvarige og omfattende kontrakter er slik usikkerhet uholdbar. Partene har behov for å kunne forutberegne sin rettsstilling dersom kontraktsforholdet skulle endre seg på grunn av etterfølgende omstendigheter. På denne bakgrunn søker partene ofte å kontraktsregulere betingelsene for, og virkningene av, uforutsette omstendigheter. Dette gjøres bl.a. ved å innta en hardship-klausul. Ved å kontraktsregulere hvilke omstendigheter som skal ha betydning og hvilken virkning det skal få, søker partene å sikre seg mot den usikkerhet som ligger i norsk bakgrunnsrett. Hovedformålet med hardship-klausulene er således at partene kan forutberegne sin rettsstilling.

Forskjellene i de grunnleggende trekk i civil law-tradisjonen og common law-tradisjonen medfører at behovet for en hardship-klausul i kontrakter underlagt norsk rett er et vesentlig annet enn under engelsk rett. Mens man i engelsk rett inntar en hardship-klausul for å oppnå mer fleksibilitet, inntar man klausulen under norsk rett for å få større grad av forutberegnelighet. Dersom dette formålet skal oppnås er det en forutsetning at kontraktsreguleringen får anvendelse foran bakgrunnsretten.

For å minimere risikoen for at bakgrunnsretten skal gripe inn i kontrakten lar ofte kommersielle parter seg inspirere av den angloamerikanske skrivestilen, og utarbeider kontrakten på en måte som får den til å virke uttømmende. Ved å detaljregulere alle forpliktelsene i kontrakten forsterkes inntrykket av at kontrakten kun vil bli tolket på grunnlag av sin ordlyd, uten påvirkning fra bakgrunnsretten. Målet er å gjøre kontrakten selvstendig og løsrive den fra bakgrunnsrettens regler. Om dette lar seg oppnå vil bli drøftet nærmere i avhandlingens hoveddel, i kapittel 2.

Et annet viktig formål med å innta en hardship-klausul er at partene da selv beholder kontroll over kontraktsrevisjonen. Alternativet er at tvisten går til domstolen eller voldgiftsretten, som har en plikt til å komme til en løsning på bakgrunn av partenes anførsler. Ved å innta en reforhandlingsplikt i kontrakten må partene først forsøke å bli enige om en løsning som er rimelig for begge. Klausulen gir med andre ord en viss fleksibilitet ved at partene har mulighet til å forhandle seg frem til en omforent endring av kontrakten. Formålet med hardship-klausulen er således at kontraktsforholdet skal fortsette å gjelde, om enn på endrede vilkår som begge parter kan leve med.

## **2 Hardship-klausulenes virkning i norsk rett**

For at hardship-klausulen skal ha noen betydning for anvendelsen av bakgrunnsretten må det foreligge en viss overlapping av reguleringenes anvendelsesområde. Om hardship-klausulene omhandler de samme problemområdene som den aktuelle delen av bakgrunnsretten må bero på en tolkning av den enkelte klausul. Dette må igjen sammenholdes med den alminnelige forståelsen av bakgrunnsretten lagt til grunn i rettspraksis og juridisk teori. Før man kan analysere hvilken virkning hardship-klausulene har i norsk rett, må man derfor først vurdere om klausulen kommer til anvendelse i det konkrete tilfellet.

### **2.1 Hardship-klausulenes anvendelsesområde**

#### **2.1.1 ICC 1985 og ICC 2003**

Som nevnt innledningsvis vil analyseobjektet være modellklausulene ICC 1985 og ICC 2003. Ved å analysere begge modellklausulene ønsker jeg å få frem betydningen av hvordan hardship-klausulene utformes, da klausulene har et litt forskjellig innhold.

ICC 1985 og ICC 2003 inneholder en standardtekst, dvs. at de er utformet for å inngå i mange ulikartede avtaler. Dette gjør at en ren henvisning til ICC 1985 eller ICC 2003 vanskelig kan anses tilstrekkelig. ICC 1985 oppstiller fire alternative fremgangsmåter for det tilfellet at partene fortsatt er uenige etter forhandlingene. Dersom partene kun har henvist til modellklausulen kan ikke rettsanvenderen vite hvilket alternativ som skal gjelde mellom partene. Ved å innta klausulen i kontrakten vil partene bl.a. måtte velge hvilket av de fire alternativene de ønsker å benytte. At ICC 1985 ikke kan inkorporeres i kontrakten ved henvisning følger også av innledningen til klausulen.<sup>41</sup> Når det gjelder ICC 2003 oppfordres partene til å inkorporere klausulen med sin fulle tekst i kontrakten. Det forventes imidlertid at dersom partene kun har

---

<sup>41</sup> ICC 1985 s. 18.

henvist til "the ICC Hardship Clause", og ikke annet fremgår av kontrakten, skal dette forstås som en henvisning til klausulen i ICC 2003.<sup>42</sup> Da ICC 2003 ikke inneholder noen alternative fremgangsmåter oppstår heller ikke de samme tolkningsproblemene som ved en ren henvisning til ICC 1985. På grunn av standardtekstutformingen kan det nok likevel anbefales at partene inkorporerer modellklausulen i kontrakten, for å være sikre på at rettsanvenderen vil legge den til grunn som bindende.

Hardship-klausulen utarbeidet i ICC 1985 lyder som følger:

"1. Should the occurrence of events not contemplated by the parties fundamentally alter the equilibrium of the present contract, thereby placing an excessive burden on one of the parties in the performance of its contractual obligations, that party may proceed as follows:

2. The party shall make a request for revision within a reasonable time from the moment it becomes aware of the event and of its effect on the economy of the contract. The request shall indicate the grounds on which it is based.

3. The parties shall then consult one another with a view to revising the contract on an equitable basis, in order to ensure that neither party suffers excessive prejudice.

4. The request for revision does not of itself suspend performance of the contract.

**The provision may then be continued with any one of the following four alternatives.**

First alternative:

5. If the parties fail to agree on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request, the contract remains in force in accordance with its original terms.

Second alternative:

5. Failing an agreement of the parties on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request either party may refer the case to the ICC Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations in order to obtain the appointment of a third person (or a board of three members) in accordance with the provisions of the rules for the regulation of contractual relations of the ICC. The third person shall give his opinion to the parties as to whether the conditions for revision provided in **Paragraph 1**

---

<sup>42</sup> ICC 2003 s. 15.

are satisfied. If so, he shall recommend an equitable revision of the contract which ensures that neither party suffers excessive prejudice.

6. The opinion and recommendation of the third person shall not be binding on the parties.

7. The parties will consider the third's person opinion and recommendation in good faith in accordance with Article 11 (2) of the said rules for the regulation of contractual relations. If the parties then fail to agree on the revision of the contract, the contract remains in force in accordance with its original terms.

Third alternative:

5. If the parties fail to agree on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request, either party may bring the issue of revision before arbitral forum, if any, provided for in the contract, or otherwise the competent courts.

Fourth alternative:

5. Failing an agreement of the parties on the revision of the contract within a time-limit of 90 days of the request either party may refer the case to the ICC Standing Committee for the Regulation of Contractual Relations in order to obtain the appointment of a third person (or a board of three members) in accordance with the provisions of the rules for the regulation of contractual relations of the ICC. The third person shall decide on the parties' behalf whether the conditions for revision provided in **paragraph 1** are satisfied. If so he shall revise the contract on an equitable basis in order to ensure that neither party suffers excessive prejudice.

6. The decision of the third person shall be binding on the parties and shall be deemed to be incorporated in the contract."<sup>43</sup>

ICC 1985 oppstiller fire valgmuligheter for situasjonen dersom partene ikke kommer til enighet under reforhandlingen. For den videre drøftelsen legges det til grunn at partene har valgt det første alternativet, at dersom de ikke blir enige om en revidert kontrakt innen 90 dager skal den opprinnelige avtalen fortsette å gjelde.

---

<sup>43</sup> ICC 1985 s. 18-20

Hardship-klausulen i ICC 2003 sier følgende:

- "1. A party to a contract is bound to perform its contractual duties even if events have rendered performance more onerous than could reasonably have been anticipated at the time of the conclusion of the contract.
2. Notwithstanding paragraph 1 of this Clause, where a party to a contract proves that:
  - (a) the continued performance of its contractual duties has become excessively onerous due to an event beyond its reasonable control which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract; and that
  - (b) it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences,the parties are bound, within a reasonable time of the invocation of this Clause, to negotiate alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event.
3. Where paragraph 2 of this Clause applies, but where alternative contractual terms which reasonably allow for the consequences of the event are not agreed by the other party to the contract as provided in that paragraph, the party invoking this Clause is entitled to termination of the contract."<sup>44</sup>

Begge modellklausulene inneholder nokså skjønnsmessige kriterier for hva som skal anses som "hardship" og man må dermed tolke ordlyden for å finne ut om den konkrete situasjonen omfattes.<sup>45</sup> ICC 1985 nr. 1 og ICC 2003 nr. 2 oppstiller hovedsakelig fire vilkår for at de skal komme til anvendelse, om enn med litt forskjellig ordlyd.<sup>46</sup>

For det første må det ha inntrådt en hendelse eller endrede omstendigheter, en såkalt "hardship-omstendighet". Dette følger av ICC 1985 "occurrence of events" og ICC 2003 nr. 2 bokstav a "an event".

For det andre må de endrede omstendighetene ha hatt en innvirkning på kontraktsforholdet, slik at også kontraktsforholdet har endret seg. I ICC 2003 er dette uttrykt som at "...the continued performance of its contractual duties has become

---

<sup>44</sup> ICC 2003 s. 15

<sup>45</sup> I Bruserud (2010) s. 32-33 blir ICC 1985 og ICC 2003 beskrevet som bredt utformede hardship-klausuler, i motsetning til klausuler hvor "hardship-situasjonene" som omfattes er klart spesifisert.

<sup>46</sup> Se Brunner (2009) s. 398-399 som opererer med seks vilkår.



excessively onerous *due to an event...*" (min uth.), og etter ICC 1985 må de endrede omstendighetene "...fundamentally alter the equilibrium of the present contract, thereby placing an excessive burden on one of the parties in the performance of its contractual obligations...". I henhold til klausulenes ordlyd må innvirkningen bestå i at det er blitt mer byrdefullt for den ene parten å oppfylle sine kontraktsforpliktelser, slik at balanseforholdet mellom partene forrykkes. I kommentarene til ICC 1985 er det imidlertid også fremhevet at "Hardship may come into play not only when the party **providing** a performance is excessively burdened, but also if the value of the performance to the person **receiving** it becomes so minimal that it is utterly disproportionate to the benefit which will be gained by the other party.". Dette taler for at innvirkningen også kan bestå i at verdien av kontraktsytelsen reduseres, slik at det på den måten oppstår en ubalanse i kontraktsforholdet.

For det tredje må innvirkningen overstige en viss kvantitativ terskel av objektiv karakter, dvs. at den må ha hatt et visst utslag på kontraktsforholdet.<sup>47</sup> Etter kommentarene til ICC 2003 skal dette vilkåret tolkes strengt, jf. uttrykket "more onerous" i artikkel 1 om hvilke tyngende omstendigheter partene må tåle under kontrakten, sammenholdt med uttrykket "excessively onerous" i artikkel 2 om innvirkninger som utgjør hardship. Dette tilsier at de endrede omstendighetene må ha hatt en vesentlig innvirkning på kontraktsforholdet. For fastleggelsen av terskelen følger det av ICC 1985 at man må sammenligne balanseforholdet mellom kontraktspartene på avtaletidspunktet med balanseforholdet etter de inntrådte omstendighetene, jf. "...fundamentally *alter the equilibrium* of the present contract..." (min uth.). I et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold må man ta i betraktning konsekvensene hos begge parter.<sup>48</sup> Dette fordi de endrede omstendighetene, som innebærer negative konsekvenser for den rammede parten, samtidig kan ha positive konsekvenser for motparten. Således kan innvirkningen være større enn det man kommer til ved kun å se på konsekvensene hos den rammede part.

For det fjerde må partene på avtaletidspunktet ikke med rimelighet kunne ha forutsett de endrede omstendighetene, herunder hvilken innvirkning de ville ha på kontraktsforholdet. Dette følger av ICC 1985 "...the occurrence of events not

---

<sup>47</sup> Se drøftelse i Bruserud (2010) s. 228-243.

<sup>48</sup> Ibid., s. 208-209 og s. 240-241.

contemplated by the parties..." og ICC 2003 "...an event ... which it could not reasonably have been expected to have taken into account at the time of the conclusion of the contract...". Dette såkalte uforutsebarhetskriteriet avgrenser anvendelsen av hardship-klausulen til forhold den rammede parten ikke kunne eller burde ha tatt i betraktning ved avtaleinngåelsen.<sup>49</sup> Av kommentarene til ICC 1985 følger imidlertid at det ikke er avgjørende om den rammede part kunne ha tatt forholdet i betraktning på avtaletidspunktet, men om det faktisk ikke ble tatt i betraktning.<sup>50</sup> Dette kan stille seg annerledes etter ICC 2003, jf. uttrykket "not *reasonably* have been expected" (min uth.). Uansett må dommeren se hen til prekontraktuelle forhold og hva partene tok i betraktning da de inngikk kontrakten.

I tillegg til disse fire vilkårene oppstiller ICC 2003 to tilleggskriterier for at hardship-klausulen skal komme til anvendelse.

For det første er det et vilkår om at de endrede omstendighetene må ligge utenfor den rammede partens kontroll, jf. ICC 2003 nr. 2 bokstav a "...an event beyond its reasonable control...". Det er ikke gjort nærmere rede for hva som ligger i dette kontrollkriteriet i kommentarene til klausulen. En naturlig språklig forståelse taler for at de endrede omstendighetene må være av en ekstern natur. Det forhold at partene i det hele tatt har inntatt en hardship-klausul i kontrakten kan tale for at de var klar over at omstendighetene kunne endre seg. Dersom de imidlertid ikke hadde myndighet over karakteren, omfanget og tidspunktet for en slik endring må kriteriet anses oppfylt.<sup>51</sup> Et moment vil kunne være om den risiko som har materialisert seg er en typisk risiko for virksomheten den rammede part driver.<sup>52</sup>

For det andre oppstiller ICC 2003 nr. 2 bokstav b et kriterium om at de endrede omstendighetene samt innvirkningene på kontraktsforholdet ikke kunne ha vært unngått eller overvunnet, jf. "...it could not reasonably have avoided or overcome the event or its consequences...". I henhold til Brunner skal dette momentet forstås som å være implementert i vilkåret om at de endrede omstendighetene må innebære en

---

<sup>49</sup> De Ly/Fontaine (2006) s. 462 og Bruserud (2010) s. 169.

<sup>50</sup> ICC (1985) kommentar nr. 3, s. 20.

<sup>51</sup> I De Ly/Fontaine (2006) s. 462 er dette momentet behandlet under uforutsebarhetsvilkåret, men det skyldes nok at de ikke drøfter det tilfellet at hardship-klausulen inneholder et kontrollvilkår.

<sup>52</sup> Bruserud (2010) s. 162.

"...fundamental alteration of the equilibrium of the present contract...", jf. ICC 1985 nr.1.<sup>53</sup> Da kriteriet imidlertid er inntatt i ICC 2003 må det være mer naturlig å forstå det som et selvstendig vilkår i vurderingen av om de endrede omstendighetene og innvirkningen utgjør "hardship".

Etter dette må det legges til grunn at det hovedsakelig er tre følger av endrede omstendigheter som ICC 1985 og ICC 2003 søker å regulere: økt oppfylleelsesbyrde, verdireduksjon og balanseforrykkelse. Sistnevnte må egentlig sies å være en konsekvens av de to første situasjonene, men ubalanse i kontraktsforholdet kan også oppstå som en direkte følge av endrede omstendigheter. F.eks. dersom det blir mindre byrdefullt å oppfylle egne forpliktelser eller at verdien av det man skal motta øker.<sup>54</sup> Forutsatt at de øvrige vilkårene i hardship-klausulene er oppfylt, vil det forhold at én (eller flere) av disse innvirkningene foreligger innebære "hardship" i klausulens forstand. Dette aktualiserer de rettsvirkninger som følger av klausulen.

Det forhold at situasjonen omfattes av hardship-klausulens anvendelsesområde reiser spørsmål om hvilken betydning det skal få for anvendelsen av bakgrunnsretten. De virkninger som kan tenkes vil nevnes i kapittel 2.1.3, og drøftes nærmere i kapittel 2.2 flg. Først vil jeg kort redegjøre for de bakgrunnsrettslige regler som typisk vil bli berørt av en inkorporert hardship-klausul.

## 2.1.2 De relevante bakgrunnsrettslige regler

Etter alminnelig norsk rettskildelære kan bakgrunnsretten komme inn som en utfyllende rettskilde dersom avtalen selv er taus og uklar, i tillegg til at avtalen i tvilstilfelle kan tolkes i samsvar med bakgrunnsretten.<sup>55</sup> Med bakgrunnsrett menes i denne avhandlingen både preseptoriske (dvs. tvingende, ufravikelige) og deklatoriske (dvs. fravikelige) rettsregler. Sistnevnte kan fravikes ved avtale, i tillegg til å supplere avtalen der den ikke selv gir en klar løsning. De preseptoriske rettsreglene kan derimot ikke fravikes i avtalen, men kan korrigere det partene har blitt enige om.

---

<sup>53</sup> Brunner (2009) s. 399.

<sup>54</sup> Bruserud (2010) s. 51-52.

<sup>55</sup> Andenæs (2009) s. 152-153.

På bakgrunn av det som er drøftet om hardship-klausulenes anvendelsesområde, og de tre formene for "hardship" som ICC 1985 og ICC 2003 søker å regulere, kan de deler av bakgrunnsretten som typisk vil bli berørt identifiseres. Det er rettsregler som søker å regulere de samme problemområdene som hardship-klausulene, og hvor det foreligger et potensial for "friksjon" ved at partene har inntatt en hardship-klausul i kontrakten.<sup>56</sup> En grunnleggende forutsetning for en slik "friksjon" er at reguleringene i kontrakten og i bakgrunnsretten til dels har overlappende anvendelsesområde. På grunn av både tids- og plassmessige begrensninger må behandlingen av bakgrunnsrettslige regler avgrenses til de regler som har størst alminnelig rekkevidde og som typisk har overlappende anvendelsesområde med hardship-klausulene.

Følgende regulering i norsk bakgrunnsrett gjør seg dermed gjeldende: prinsippet om misforholdsbegrensning, avtaleloven § 36 og forutsetningslæren. Jeg vil komme nærmere tilbake til innholdet i de enkelte rettsreglene i selve analysen, se kapittel 2.2 flg.

### 2.1.3 Problemstillingen

Spørsmålet er om partene er fratatt muligheten til å gå til sak på grunnlag av de alminnelige rettsreglene som er nevnt over når kontrakten inneholder en hardship-klausul, eller om hardship-klausulen må vike for eller suppleres med den del av bakgrunnsretten som gjør seg gjeldende. Med andre ord om, og i tilfelle hvordan, hardship-klausulen påvirker anvendelsen av rettsreglene. Vi er med dette over i kjernen av problemstillingen som er temaet for denne avhandlingen

Det kan tenkes flere former for interaksjon mellom den individuelle kontraktsreguleringen og bakgrunnsretten. Hovedsakelig er det imidlertid tre mulige løsninger på spørsmålet om hardship-klausulenes virkning i norsk rett.<sup>57</sup>

For det første kan hardship-klausulen gå foran og utelukke anvendelsen av bakgrunnsretten. Det forutsetter at rettsregelen anses å være deklarasjonsregulering.

For det andre kan hardship-klausulen måtte vike for den bakgrunnsrettslige regel, slik at den ikke gjelder i det konkrete tilfellet. Rettsregelen innebærer da en form

---

<sup>56</sup> Bruserud (2010) s. 50-51.

<sup>57</sup> Woxholth (2010) opererer imidlertid med fire løsninger for forholdet til avtl. § 36, s. 335.

for sensur av kontraktsbestemmelsen ved at den anses å inneholde prinsipper av preseptorisk karakter.

For det tredje kan det tenkes at reguleringene virker sammen, herunder utfyller hverandre. Både hardship-klausulen og bakgrunnsretten vil gjelde, men de anses å ha ulikt anvendelsesområde. Det innebærer at parten kan påberope både hardship-klausulen og bakgrunnsretten som rettslig grunnlag for lempning, og at det er opp til domstolen å avgjøre om tilfellet primært faller innenfor klausulens anvendelsesområde eller subsidiært omfattes av bakgrunnsretten.

## 2.2 Forholdet til prinsippet om misforholdsbegrensning

Det grunnleggende utgangspunkt i norsk kontraktsrett er at avtaler skal holdes, jf. prinsippet om "pacta sunt servanda" og NL 5-1-2<sup>58</sup>. Prinsippet om avtalebundethet er grunnlaget for hovedregelen om at kreditor etter en kontrakt har krav på at kontrakten gjennomføres ved oppfyllelse in natura.<sup>59</sup> Det innebærer at debitor som utgangspunkt må bære konsekvensene av at han ikke kan (eller vil) oppfylle kontraktsmessig. En oppfyllelesssvikt vil følgelig representere et kontraktsbrudd, som debitor må holde kreditor skadesløs for. For realytelser i alminnelige kjøpsforhold er denne hovedregelen lovfestet i kjøpsloven (kjl.) § 23,<sup>60</sup> mens den for pengeytelser er lovfestet i kjl. § 52. Sistnevnte er mer eller mindre en unntaksfri regel og den videre drøftelsen vil derfor kun fokusere på reglene om realdebitors kontraktsforpliktelser.

Fra hovedregelen om naturaloppfyllelse, oppstiller bakgrunnsretten en rekke unntak. Alle rettsregler som gir debitor rett til å lempe sine kontraktsforpliktelser, og således pålegger kreditor å bære hele eller deler av tapet, kan sies å innebære unntak fra utgangspunktet om kontraktsmessig oppfyllelse. Der en endring i økonomiske, juridiske eller tekniske faktorer medfører at det blir mer byrdefullt for debitor å oppfylle kontraktsmessig, er det særlig reglene om bortfall av naturaloppfylleelsesplikten som gjør seg gjeldende.

### 2.2.1 Regelen etter norsk rett

Begrensningene i kreditors adgang til å kreve naturaloppfyllelse følger av hensyn til debitor selv, samfunnsmessige hensyn eller en vurdering av avtaleforholdet. Det er en kjensgjerning at man ikke er forpliktet til å oppfylle det umulige og naturaloppfylleelsesplikten bortfaller dersom det er blitt fysisk eller rettslig umulig for debitor å oppfylle kontraktsforpliktelsene. Selv om det ikke foreligger noen fullstendig uovervinnelig hindring fra å oppfylle in natura, gjelder det trolig også et prinsipp om en

---

<sup>58</sup> Jf. Kong Christian Den Femtis Norske Lov.

<sup>59</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 362.

<sup>60</sup> Se også tilsvarende regulering i avhendingslova § 4-2, håndverktjenesteloven § 14 og husleieloven § 2-9.

misforholdsbegrensning. Det innebærer at kreditor ikke kan kreve naturaloppfyllelse dersom det medfører så store oppofrelser for debitor at det sammenholdt med kreditors interesse i ytelsen ville virke urimelig overfor debitor å gjøre kravet gjeldende.<sup>61</sup> Misforholdsbegrensningen er bl.a. kommet til uttrykk i kjl. § 23 (1) annet punktum, som sier at hovedregelen om at kjøper kan kreve oppfyllelse ikke gjelder "...for så vidt oppfyllelse vil medføre så stor ulempe eller kostnad for selgeren at det står i vesentlig misforhold til kjøperens interesse at selgeren oppfyller".<sup>62</sup> Regelen legger opp til en interesseavveining. Med dette menes at de omkostninger og ulemper debitor påføres, må veies mot kreditors interesse i å få ytelsen. Det avgjørende er om det foreligger et vesentlig misforhold, slik at en gjennomføring av naturaloppfyllelseskravet vil være urimelig overfor realdebitor. Dette beror på en ren verdimessig vurdering, hvor årsaken til at oppfyllelsen har blitt uventet tyngende som utgangspunkt ikke er relevant.<sup>63</sup>

Det følger av forarbeidene til kjl. § 23 at bestemmelsen bare tar sikte på de tilfeller der avtalebalansen er forrykket i tiden *etter* kjøpet. Misforholdsbegrensningen kan således ikke anses som en generell lempningsregel på linje med avtaleloven (avtl.) § 36.<sup>64</sup> Har selger påtatt seg en komplisert og kostbar oppfyllelse, kan han ikke gjøre gjeldende at han må fritas for å oppfylle på grunn av dette. I henhold til forarbeidene kan også avtl. § 36 få anvendelse ved balanseforrykkelse etter kjøpet, men "når det er tale om forhold som inntreffer etter avtaleinngåelsen, vil det likevel være mest naturlig å anvende de kjøpsrettslige regler".<sup>65</sup>

Etter dette må det legges til grunn at misforholdsbegrensningen kan komme til anvendelse dersom endrede omstendigheter etter kontraktsinngåelsen har medført en økt oppfyllelsesbyrde for debitor, og følgelig en ubalanse i kontraktsforholdet. Prinsippet fratar kreditor retten til å kreve oppfyllelse *in natura*, forutsatt at de endrede omstendighetene har gjort det vesentlig mer byrdefullt for debitor å oppfylle kontraktsmessig sammenholdt med kreditors interesse i kontraktsmessig oppfyllelse.

Selv om debitor fritas for naturaloppfyllelsesplikten vil den unnlatte

---

<sup>61</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 370.

<sup>62</sup> Se også avhendingslova § 4-2 (1) annet alternativ, håndverktjenesteloven § 14 og husleieloven § 2-9.

<sup>63</sup> Jf. Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 66.

<sup>64</sup> Bergem mfl. (2008) s. 122.

<sup>65</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 66.

oppfyllelsen representere et kontraktsbrudd.<sup>66</sup> Det innebærer at kreditor kan gjøre gjeldende andre misligholdsbeføyelser, såfremt vilkårene for dette er oppfylt. F.eks. er vilkårene for erstatningsfritak etter kjl. § 27 (1) annet punktum strengere enn vilkårene for fritak fra naturaloppfyllelsesplikten. Debitor kan derfor likevel pålegges et erstatningsansvar selv om han er blitt fritatt fra å oppfylle in natura.

For forholdet mellom reglene om bortfall av naturaloppfyllelsesplikt og fritak fra erstatningsansvar er systematikken etter norsk rett som følger:<sup>67</sup> For det første oppstilles det en terskel for hvor byrdefullt gjennomføring av naturaloppfyllelse kan være, jf. kjl. § 23 (1) annet punktum og drøftelsen over. Dersom denne terskelen er oversteget, kan ikke kreditor kreve oppfyllelse in natura, men debitor blir erstatningsansvarlig for brudd på kontraktsforpliktelsen. For det andre oppstilles det en annen (strengere) terskel for hvor byrdefullt gjennomføringen kan være, jf. kjl. § 27 (1) annet punktum. Dersom denne terskelen er oversteget bortfaller også debitors erstatningsansvar. Konsekvensen er at kreditor må bære det tap oppfyllelssvikten forårsaker, slik at risikoen for den økte oppfyllelsesbyrden også påhviler han. Debitor får derimot ikke rett på kontraktsvederlaget.

Det kan reises spørsmål om misforholdsbegrensningen gir debitor noen ytterligere beskyttelse, ettersom man alltid kan velge å bryte kontrakten og isteden bli erstatningsansvarlig. Hvis debitor bryter kontrakten, uten å kunne påberope seg noen ansvarsfrihetsgrunn, blir han ansvarlig på culpagrunnlag, jf. kjl. § 27 (5). Det forutsetter at debitor kunne og skulle ha handlet annerledes, og at kreditors tap således kan tilskrives feil eller forsømmelse hos debitor. Debitor blir da erstatningsansvarlig for alt påregnelig tap, jf. kjl. § 67 (1), både av direkte og indirekte art.<sup>68</sup> Ved erstatningsansvar etter bortfall av naturaloppfyllelsesplikten blir debitor derimot ansvarlig på grunnlag av kontrollansvaret, jf. kjl. § 27 (1) annet punktum. Det innebærer at debitor må erstatte kreditors direkte tap, men ikke indirekte tap, jf. kjl. § 27 (4) og § 67 (2).

I denne avhandlingen vil det kun fokuseres på hardship-klausulenes forhold til de bakgrunnsrettslige reglene om bortfall av naturaloppfyllelsesplikt ved økt oppfyllelsesbyrde. Dette fordi man oftere finner reguleringer i hardship-klausulene som

---

<sup>66</sup> Bergem mfl. (2008) s. 121 og Bruserud (2010) s. 121.

<sup>67</sup> Bruserud (2010) s. 66.

<sup>68</sup> Krüger (1999) s. 458.



tematiserer spørsmålet om adgangen til å kreve naturaloppfyllelse enn spørsmålet om vilkårene for partenes erstatningsansvar ved kontraktsbrudd. I kommersielle kontrakter har partene gjerne inntatt en egen klausul om at erstatning skal være den alminnelige beføyelsen ved kontraktsbrudd. Spørsmålet om den økte oppfyllelsesbyrden også gir rett til fritak fra erstatningsansvar må derfor vurderes etter denne klausulen og ikke hardship-klausulen.

Som drøftet i kapittel 2.1.1 kan en økt oppfyllelsesbyrde som skyldes endrede omstendigheter etter kontraktsinngåelsen, innebære "hardship" etter ICC 1985 og ICC 2003. Også her kreves det at den økte oppfyllelsesbyrden ikke kan være uvesentlig, og man må sammenligne balanseforholdet ved avtaleinngåelsen med forholdet etter de endrede omstendighetene. I motsetning til hardship-klausulen inneholder ikke misforholdsbegrensningen et uforutsebarhetskriterium. Den bakgrunnsrettslige regel kan følgelig sies å være mer fleksibel enn hardship-klausulen og således ha et videre anvendelsesområde.

På bakgrunn av det som er redegjort for ovenfor, må det legges til grunn at hardship-klausulen og prinsippet om misforholdsbegrensning til dels har overlappende anvendelsesområde. Spørsmålet er da hvilke rettsvirkninger hardship-klausulen gir anvisning på i relasjon til de rettsvirkninger som følger av bakgrunnsretten, dvs. bortfall av debtors naturaloppfyllelsesplikt. Dette spørsmålet er avgjørende for om det i det hele tatt foreligger noen motsetning mellom reguleringene.

## 2.2.2 Rettsvirkningene etter hardship-klausulen

Både etter ICC 1985 og ICC 2003 er den eneste rettsvirkningen av at det foreligger "hardship", at partene har en reforhandlingsplikt. Det forutsetter at den rammede part har anmodet om det innen rimelig tid etter at han ble klar over de endrede omstendighetene.<sup>69</sup> Reforhandlingsplikten innebærer at partene har en plikt til å foreta reelle forhandlinger for å forsøke å komme frem til en revidert kontrakt som tar hensyn til de endrede omstendighetene.<sup>70</sup> Konsekvenser for partenes kontraktsforpliktelser vil først inntre hvis partene blir enige om en revidert kontrakt, eventuelt dersom klausulen

---

<sup>69</sup> ICC 1985 nr. 2 og ICC 2003 nr. 2.

<sup>70</sup> ICC 1985 nr. 3 og ICC 2003 nr. 2.

inneholder en subsidiær kontraktsregulering som gir partene rett til å bringe tvisten inn for et tvisteløsningsorgan med myndighet til å gi en bindende avgjørelse.<sup>71</sup>

ICC 2003 nr. 1 fastslår det grunnleggende prinsippet om "pacta sunt servanda", herunder at partene har en plikt til å oppfylle kontraktsmessig selv om endrede omstendigheter har gjort oppfyllelsen mer tyngende enn det som kunne forventes ved avtaleinngåelsen. Av kommentarene til klausulen fremgår at meningen med bestemmelsen er å klart indikere at det skal svært mye til før vilkårene for "hardship" etter nr. 2 er oppfylt.<sup>72</sup> Klausulen sier ingenting om hva som skal skje med partenes kontraktsforpliktelser dersom det først er konstatert "hardship", og det er påbegynt reforhandlinger. Det er derfor vanskelig å si noe om klausulen isolert sett pålegger den rammede part å fortsette å oppfylle kontraktsforpliknelsen på tross av "hardship", eller om det at klausulen er taus, innebærer at den ikke kan sies å tematisere spørsmålet om bortfall av naturaloppfylleelsesplikten ved økt oppfylleelsesbyrde. Dersom man legger avgjørende vekt på klausulens ordlyd, må svaret bli at hardship-klausulen ikke regulerer spørsmålet om kreditors rett til å kreve naturaloppfyllelse under reforhandlingsperioden. Forholdet må da reguleres av bakgrunnsretten, slik at misforholdsbegrensningen kommer til anvendelse ved siden av hardship-klausulen. Forutsatt at hardship-klausulen tilsvarende ordlyden i ICC 2003 blir således konklusjonen at misforholdsbegrensningen må virke ved siden av klausulen, og at hardship-klausulen ikke vil være enerådende. Dette kan nok komme som en overraskelse på den part som regner avtalen som uttømmende, og som har satt sin lit til at man kan kreve naturaloppfyllelse på tross av "hardship-situasjonen".

Når det derimot gjelder ICC 1985 inneholder den en uttrykkelig regulering av partenes kontraktsforpliktelser under reforhandlingsperioden. I henhold til ICC 1985 nr. 4 medfører ikke en anmodning om reforhandling i seg selv at partenes kontraktsforpliktelser innstilles. Derimot følger det av kommentarene til modellklausulen at: "The party invoking hardship must continue to perform the contract."<sup>73</sup> Den rammede part kan altså ikke la være å oppfylle sine kontraktsforpliktelser selv om vilkårene for "hardship" er oppfylt. Parten må fortsette å

---

<sup>71</sup> Bruserud (2010) s. 121.

<sup>72</sup> ICC 2003 note c, s. 16.

<sup>73</sup> ICC 1985 kommentar nr. 4, s. 21.

oppfylle kontraktsmessig så lenge reforhandlingsplikten foreligger, dvs. i 90 dager etter anmodningen, jf. ICC 1985 nr. 5 første alternativ.

Tolker man ordlyden i ICC 1985 nr. 4 må klausulen sies å inneholde en klar regulering av kreditors adgang til å kreve naturaloppfyllelse på tross av at det er konstatert "hardship", og det følgelig er blitt vesentlig mer byrdefullt for debitor å oppfylle kontraktsmessig. Har hardship-klausulen tilsvarende ordlyd som ICC 1985 blir derfor konklusjonen at klausulen, isolert sett, ikke gir debitor rett til å suspendere sin kontraktsforpliktelse etter at det er anmodet om reforhandling. Dette kan virke svært tyngende på debitor, da det ofte vil kunne gå en del tid før en endring i kontraktsforholdet, med bakgrunn i hardship-klausulen, eventuelt kommer på plass.

Reguleringen i ICC 1985 nr. 4 setter spørsmålet om forholdet mellom en inntatt hardship-klausul og den bakgrunnsrettslige regel på spissen. Vi står nå overfor en situasjon der hardship-klausulen klart sier at debitor må fortsette å oppfylle kontraktsmessig selv om det foreligger "hardship", men der misforholdsbegrensningen åpner for at debitor blir fritatt fra plikten å oppfylle in natura på grunn av det vesentlige misforhold som følger av de endrede omstendighetene.

Det neste skritt for domstolen blir da å vurdere hvilken av reguleringene som skal få forrang. Skal man legge avgjørende vekt på kontraktsreguleringen partene har valgt å innta i sin kontrakt, eller skal man la den bakgrunnsrettslige regel gå foran?

### 2.2.3 Interaksjonen mellom hardship-klausulen og misforholdsbegrensningen - hvilken av reguleringene skal få forrang?

Spørsmålet beror først og fremst på om misforholdsbegrensningen anses å være av preseptorisk eller deklarasorisk karakter. Dette fordi en preseptorisk regel er ufravikelig, mens en deklarasorisk rettsregel kan fravikes ved avtale. Når partene uttrykkelig har utarbeidet et eget sanksjonssystem, kan det gripe inn i obligasjonsrettens alminnelige sanksjonssystem og således modifisere de deklarasoriske løsninger det der gis anvisning på. Dette kan partene som hovedregel ikke oppnå dersom det er snakk om en preseptorisk rettsregel.

Visse regler er det imidlertid vanskelig å plassere i sonderen deklarasorisk-preseptorisk. I juridisk teori er det antatt at misforholdsbegrensningen må anses som et prinsipp av en mer allmenn karakter, men at gjennomslagskraften kan variere med

kontraktstypen.<sup>74</sup> En slik forståelse følger også av forarbeidene til kjl. § 23.<sup>75</sup> Både avtaleforholdets kommersielle karakter og ytelsens konjunkturømfintlighet kan ha betydning for om kravet til vesentlig misforhold anses oppfylt. F.eks. vil regelen bare i ekstreme tilfeller komme til anvendelse ved en ren markedsendring, og en alminnelig prisstigning kan ikke i seg selv fritta selgeren for oppfylleelsesplikten.<sup>76</sup> Den konkrete terskelen for om det foreligger et vesentlig misforhold kan følgelig tenkes høyere ved kommersielle avtaleforhold mellom profesjonelle parter. Når hardship-klausuler hovedsakelig benyttes i kommersielle kontrakter skal det dermed ofte mer til for å avgrense kreditors rett til å kreve naturaloppfyllelse etter den bakgrunnsrettslige regelen i disse kontraktsforholdene. Dette taler for at hardship-klausulen har et større anvendelsesområde enn misforholdsbegrensningen ved kommersielle kontraktsforhold, og at det er behov for klausulen som lempningsgrunnlag ved siden av prinsippet.

Det ville virke svært urimelig dersom kreditor i alle tilfeller kunne kreve oppfyllelse *in natura*. Grunnleggende rimelighets- og lojalitetshensyn taler dermed for å anse misforholdsbegrensningen som et alminnelig prinsipp. Disse grunnleggende kontraktsrettslige hensyn kan også tale for at den innerste kjernen av prinsippet om misforholdsbegrensning er av preseptorisk karakter.<sup>77</sup> En slik forståelse innebærer at en motstridende individuell kontraktsregulering ikke vil kunne opprettholdes fullt ut, men derimot bli underlagt en innskrenkende tolkning slik at den ikke griper inn i prinsippets preseptoriske side. Dersom misforholdsbegrensningen anses å være av preseptorisk karakter, vil det følgelig kunne innebære en form for sensur av hardship-klausulen.

Misforholdsbegrensningen er i dag lovfestet i en rekke kontraktsrettslige lovbestemmelser.<sup>78</sup> Dette positivrettslige fundament, og det forhold at regelen er gitt anvendelse for en rekke ulike kontraktsforhold, trekker i retning av å anse begrensningen som et alminnelig prinsipp i norsk kontraktsrett. Som påpekt av

---

<sup>74</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 370 og Bruserud (2010) s. 69-70, s. 124-125.

<sup>75</sup> Ot.prp. nr. 80 (1986-1987) s. 66.

<sup>76</sup> Bergem mfl. (2008) s. 123.

<sup>77</sup> Bruserud (2010) s. 125.

<sup>78</sup> Se bl.a. kjøpsloven § 23 (1) annet punktum, avhendingslova § 4-2 (1) annet alternativ, håndverktjenesteloven § 14 og husleieloven § 2-9.

Bruserud er regelen så gjennomgående i kontraktslovgivningen at motstanden mot å statuere det som et alminnelig prinsipp må anses liten.<sup>79</sup>

På denne bakgrunn taler mye for å statuere misforholdsbegrensningen som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, av preseptorisk karakter. Selv om begrensningens gjennomslagskraft kan endres med kontraktstypen, må den nok anses å inneholde et prinsipp som det skal mye til for å fravike ved avtale. At misforholdsbegrensningen anses som et alminnelig prinsipp innebærer at den kan få anvendelse på områder hvor det ikke følger av formelt vedtatte bestemmelser. En annen viktig følge er fremhevet av Høgberg:

"I alminnelighet skal det mer til for å fravike det som må betegnes som alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper enn mer positivrettslige detaljregler, hvis innhold fremstår som mer tilfeldig. Eksempler på regler som det skal mye til for å fravike, er retten til å heve en kontrakt i tilfellet vesentlig mislighold og den alminnelige lojalitetsplikt i kontraktsforhold. ... At det i disse tilfeller skal mer til for å fravike de sentrale (men ikke nødvendigvis preseptoriske) prinsipper, vil ikke si at det er umulig i enhver relasjon."<sup>80</sup>

Momenter som kan tale for å fravike alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper er i følge Høgberg at det er snakk om en klar ordlyd i et kommersielt kontraktsforhold mellom likeverdige og profesjonelle parter. At det må stilles store krav til klarhet for at en avvikende individuell kontraktsregulering skal kunne gå foran misforholdsbegrensningen er også fremhevet av Bruserud.<sup>81</sup> Kontraktsforholdets art kan ha avgjørende betydning for harmoniseringen av en klar ordlyd og en motstridende bakgrunnsrettslig regel. Dette er drøftet av Høgberg, som bl.a. skriver at:

"Også i forhold til preseptoriske rettsregler, vil det faktum at partene er profesjonelle, likeverdige og kommersielle kunne innvirke på harmoniseringen. Disse forholdene vil

---

<sup>79</sup> Bruserud (2010) s. 69.

<sup>80</sup> Høgberg (2006) s. 216.

<sup>81</sup> Bruserud (2010) s. 125.

kunne utgjøre et reelt hensyn ved den nærmere fastleggelsen av den preseptoriske regels rekkevidde."<sup>82</sup>

Som tidligere konkludert må ICC 1985 nr. 4 sies å inneholde en klar og utvetydig regel om at den rammede part ikke kan fritas for naturaloppfylleelsesplikten ved "hardship", herunder ved økt oppfylleelsesbyrde. Det forhold at hardship-klausuler først og fremst benyttes i kommersielle kontraktsforhold mellom profesjonelle parter gir grunnlag for flere hensyn, som alle taler for at klausulen må få forrang.

For det første står hensynet til forutberegnelighet særlig sterkt i kommersielle kontraktsforhold. I langvarige og omfattende kontrakter har partene et særlig behov for å kunne bestemme og forutberegne sin rettsstilling. De avtalebaserte sanksjonene tar gjerne sikte på å etablere lett anvendelige regler som gir god forutberegnelighet for partene. Et fellestrekk ved mange standardklausuler er å unngå de kompliserte og skjønnsmessige vurderingene som bakgrunnsretten og allmenne rettsgrunnsetninger ofte innebærer. Dette må også sies å være et av hovedformålene med å innta en hardship-klausul. Partene kontraktsregulerer betingelsene for uforutsette omstendigheter i tillegg til å begrense fleksibiliteten ved mulige lempningsvirkninger. Klausulen eliminerer således deler av det juridiske skjønn og gir partene muligheten til å forhåndskalkulere sin risiko. Dette taler til inntekt for at en klar hardship-klausul må gå foran den skjønnsmessige regelen som følger av bakgrunnsretten.

For det andre må det tillegges vekt at formålet med å innta en hardship-klausul hovedsakelig er at partene ønsker å beholde kontrollen over kontraktsrevisjonen. Klausulen gir partene fleksibilitet til å forhandle seg frem til en omforent endring av kontrakten, istedenfor at domstolen eller voldgiftsretten avgjør spørsmålet på bakgrunn av partenenes anførsler. Etter hardship-klausulen skal kontraktsforholdet fortsette å gjelde, om enn på endrede vilkår som er rimelig for begge. Dersom klausulen kan settes til side fordi den ikke harmonerer med et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp, vil det undergrave formålet med å innta en hardship-klausul i kontrakten.

For det tredje er det som regel snakk om innsiktsfulle og profesjonelle parter. De har derfor forutsetninger for å ta hensyn til at kontraktsforholdene kan endre seg etter kontraktsinngåelsen og begge er klar over hva de vedtar i kontrakten.

---

<sup>82</sup> Høgberg (2006) s. 215.

Hardship-klausulen er et signal om at partene har vært klar over muligheten for fremtidige revisjoner, samtidig som de har gjort seg opp en mening om hvilken virkning det skal få. I tillegg anvender ofte profesjonelle parter advokater ved utformingen av kontrakten som i hvert fall bør kunne ta hensyn til muligheten for endrede omstendigheter. Når slike parter har valgt å innta en hardship-klausul taler det for at den bør legges til grunn etter sin ordlyd, og ikke suppleres med bakgrunnsrett.

Disse hensynene, sammenholdt med den klare ordlyden i hardship-klausulen, taler med stor styrke for at klausulen må gå foran misforholdsbegrensningen.

Fra denne drøftelsen kan det imidlertid fremsettes flere innvendinger mot hvilken vekt som bør tillegges ordlyden i hardship-klausulen.

Det som er drøftet over, illustrerer den ideelle forestillingen om partenes kontraktsforhandlinger. Med dette menes at kontrakten anses som et resultat av en gjennomarbeidet prosess, hvor partene har diskutert hver kontraktsbestemmelse like grundig. I det ligger også en idé om at partene har opparbeidet seg tanker om behovet for, og virkningen av, hver enkelt klausul. Som poengtert av Echenberg er virkeligheten langt fra slik for alle kontraktsbestemmelser.<sup>83</sup> Faktorer som tid og kostnader kan hindre partene fra å gjennomgå alle klausulene like grundig. Det er derfor vanlig at partene gjør prioriteringer med hensyn til hvilke kontraktsbestemmelser de ønsker å bruke tid på å forhandle og vurdere den rettslige virkningen av. Samtidig som andre klausuler inntas uten nærmere tilpasning. Hovedsakelig fokuserer partene på noen få utvalgte juridiske emner som garanti, erstatningsansvar, ansvarsbegrensning, oppsigelse og tvisteløsning. Når det derimot gjelder såkalte "boilerplate clauses" kommer de som regel i andre rekke. Disse standardklausulene er sjelden gjenstand for forhandlinger, og partene er ofte mindre bekymret for om de er i tråd med bakgrunnsrettens regler. Som nevnt innledningsvis er hardship-klausulene en av flere "boilerplate clauses". Det er et faktum at partene ofte ikke leser disse klausulene, og enda sjeldnere gjør seg opp en mening om forholdet til bakgrunnsretten. Dette må få betydning for hvordan hardship-klausulene tolkes og hvilken vekt ordlyden tillegges av domstolene.

---

<sup>83</sup> Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law (2011) Echenberg, David: "Negotiating international contracts: Does the process invite a review of standard contracts from the point of view of national legal requirements?" s. 21-27.

Videre kan det hevdes at misforholdet mellom partenes tillit til kontraktens selvstendighet og den faktiske rettslige virkningen kontrakten får i det landet den skal virke, ikke nødvendigvis skyldes partenes uvitenhet om bakgrunnsretten. Cordero-Moss har bl.a. påpekt at:

"...the parties may often be aware of the fact that they are unaware of the legal framework of the contract. The possibility that the wording of the contract is interpreted and applied differently from what a literal application would seem to suggest, may be accepted by some parties as a calculated risk."<sup>84</sup>

Med andre ord tar profesjonelle parter i kommersielle kontrakter vanligvis stilling til bakgrunnsretten og regner med samspill, men velger likevel ikke å bruke ressurser på å analysere sammenhengen mellom visse kontraktsbestemmelser og den nasjonale rett. Grunnen til at partene velger å ta en slik risiko kan skyldes at de må foreta et kompromiss mellom en fullt gjennomarbeidet kontrakt mot den tid og ressurser de har til rådighet. Forretningsvirksomhet handler i bunn og grunn om å kalkulere og håndtere risiko. Dette inkluderer også juridisk risiko. Det er ikke nødvendigvis slik at det er ubevisst dersom en kontraktsbestemmelse er utarbeidet uten å ta hensyn til bakgrunnsretten. Ofte er det derimot et resultat av en kost-nytte analyse, som leder til at partene har godtatt å ta en risiko. Det som fra et rent juridisk perspektiv kan synes som en urimelig gjennomføring er således en bevisst risikostyring.

Usikkerhet om klausulens rettslige virkning verdsettes som enhver annen risiko ved kontraktsforholdet. Ikke alle risikoer vil materialiseres, f.eks. vil ikke alle klausuler med usikker rettslig virkning bli påberopt eller ende hos domstolene. Dette gjelder særlig standardklausulene. Derimot er det kun en mindre andel av klausulene som vil være gjenstand for konflikt. Av disse vil noen løses ved minnelighet, nettopp på grunn av usikkerheten rundt klausulens rettsvirkning. Dette innebærer at det kun er en liten andel av kontraktsklausulene som faktisk vil ende hos et nasjonalt tvisteløsningsorgan, og således kunne sammenholdes med bakgrunnsretten. Alle disse forholdene tar partene

---

<sup>84</sup> Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law (2011)

Cordero-Moss, Giuditta: "The self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion, but not fully useless." s. 284.



i betraktning når de vurderer hvilke ressurser de vil bruke på de enkelte kontraktsklausulene. Å evaluere hver enkelt klausul i relasjon til bakgrunnsretten kan innebære større kostnader enn sjansen er for at klausulen faktisk vil påberopes samt at man taper en rettssak på grunn av misforhold med bakgrunnsretten. Dette poenget er også fremmet av Cordero-Moss, som skriver følgende:

"The commercial thinking requires a party to assess the value of this risk of losing a law suit on enforceability of a clause ..., and compare this value with the cost of the alternative conduct. The alternative conduct would be to assess every single clause of each contract that is entered into, verify its compatibility with the law that will govern each of these contracts and propose adjustments to each of these clauses to the various other contracting parties. This, in turn, requires the employment of internal resources to revise standard documentation and external resources to adjust to the applicable law, and possibly negotiations to convince the other contracting parties to change a model of contract that they are well acquainted with."<sup>85</sup>

Sitatet illustrerer at kostnadene ved å få hele kontrakten i samsvar med bakgrunnsretten ofte kan være høyere enn å innta klausuler med usikre rettsvirkninger. Partene i kommersielle kontrakter velger derfor ut de viktigste kontraktsbestemmelsene og konsentrerer forhandlingene om disse. De øvrige bestemmelsene, herunder standardklausulene, inntas da uten en nærmere analyse. At hardship-klausulen kan stride mot bakgrunnsretten er følgelig en kalkulert risiko hos begge parter.

En dommer som formoder at alle kontraktsklausuler er skrevet på grunnlag av den ideelle forhandlingsprosessen kan forutsette at partene har hatt et ønske om å føye seg etter bakgrunnsretten. Han eller hun vil dermed kunne reagere på mangelen av sammenheng mellom kontraktsbestemmelsen og reguleringen i bakgrunnsretten. Som fremhevet av Cordero-Moss kan det føre til at dommeren kommer opp med oppfinnsomme konstruksjoner og fortolkninger, i forsøk på å forene kontraktsbestemmelsen med bakgrunnsretten.<sup>86</sup> Når partene ved kontraktsinngåelsen derimot har tatt en kalkulert risiko om at enkelte klausuler, bl.a. hardship-klausulen, kan være i strid med bakgrunnsretten, kan de således ha forventet at klausulene vil kunne

---

<sup>85</sup> Ibid., s. 305.

<sup>86</sup> Ibid., s. 285.

settes til side eller suppleres med alminnelige rettsregler. Den oppfinnsomme fortolkningen vil da komme som en større overraskelse på dem enn at klausulen faktisk er uforenlig med nasjonal rett. Gode grunner taler dermed for at domstolen bør sette hardship-klausulen til side, istedenfor å anvende en harmoniserende tolkningsstil for å forene ordlyden med bakgrunnsretten.

Dette tilsier at det ikke alltid bør legges like mye i standardklausulene, herunder hardship-klausulene, som den umiddelbare drøftelsen kan gi inntrykk av. De hensyn som taler for å gi hardship-klausulen forrang kan ikke tillegges like stor vekt dersom man legger til grunn de innvendingene som er drøftet over. F.eks. kan ikke det forhold at hardship-klausulen inneholder en klar og utvetydig ordlyd gjøres gjeldende med samme styrke dersom partene rent faktisk ikke vurderte ordlyden i klausulen ved kontraktsinngåelsen samt dens forhold til nasjonal rett. Det samme gjelder hensynet til forutberegnelighet og at partene bevisst har utelukket andre lempningsvirkninger enn en reforhandlingsplikt.

En slik forståelse har også støtte i juridisk teori, hvor det er antatt at det er mulig å legge avgjørende vekt på deklatorisk bakgrunnsrett hvis man kommer til at den klare ordlyden i kontrakten ikke gir uttrykk for partenes egentlige eller virkelige intensjon.<sup>87</sup> Det må kunne sies å være tilfellet dersom man legger til grunn at partene har tatt en kalkulert risiko og ikke evaluert hardship-klausulens ordlyd. I valget mellom den individuelle kontraktsregulering og bakgrunnsretten, der ingen anses å være utslag av partenes mening, foretrekkes gjerne bakgrunnsrettens løsning. Dette fordi den som regel representerer en balansert løsning, og fremstår som en rimelig eller hensiktsmessig regel. Ettersom misforholdsbegrensningen anses å utgjøre et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp tilsier det at det skal mindre til før den går foran en klar ordlyd, i motsetning til en deklatorisk rettsregel. I tillegg er prinsippet et utslag av både rimelighets- og lojalitetshensyn, slik at det må sies å gi uttrykk for en rimelig regel. Disse forholdene taler for at misforholdsbegrensningen må få forrang fremfor hardship-klausulen.

Det kan selvfølgelig ikke utelukkes at partene i det konkrete tilfellet har diskutert hardship-klausulen nøye. Dersom partene har brukt tid på å vurdere klausulen og hvordan den vil virke i relasjon til nasjonal rett kan ikke innvendingene om kalkulert

---

<sup>87</sup> Høgberg (2006) s. 209.

risiko gjøres gjeldende. Klausulens klare ordlyd og at det som regel gjelder et kommersielt kontraktsforhold mellom profesjonelle parter, må da få avgjørende betydning. Det taler for at hardship-klausulen går foran misforholdsbegrensningen i det konkrete tilfellet.

Bortsett fra innvendingene mot hvilken vekt man bør tillegge hardship-klausulenes ordlyd er det også et annet moment mot å la klausulen virke enerådende, nemlig det at ICC 1985 ikke gir den rammede part noen annen adgang til å få lempet sine kontraktsforpliktelser utenom ved enighet mellom partene. I henhold til ICC 1985 nr. 5 første alternativ medfører et mislykket reforhandlingsforsøk at den opprinnelige kontrakten fortsetter å gjelde. Klausulen inneholder ikke noen subsidiær kontraktsmekanisme om at revisjonsspørsmålet skal gå videre til et tvisteløsningsorgan eller at kontrakten skal termineres. Dersom partene ikke blir enige om en revidert kontrakt vil debitor være forpliktet til å fortsette å oppfylle etter de opprinnelige vilkårene, på tross av at de endrede omstendighetene har gjort det vesentlig mer byrdefullt for han å oppfylle kontraktsmessig. Klausulen inneholder heller ingen form for oppfyllelsespress som gir kreditor et incitament for å forsøke å komme til enighet under reforhandlingene.

Når klausulen ikke vil ha direkte rettsvirkninger med mindre partene kommer til enighet kan den ikke sies å gi debitor en effektiv beskyttelse. Mye taler da for at hardship-klausulen har et innhold som det vanskelig kan tenkes at en norsk domstol vil opprettholde etter sin ordlyd. Dersom klausulen skulle virke enerådende ville den ha fratatt partene lepningsmuligheter som må anses grunnleggende etter norsk kontraktsrett. Når hardship-klausulen ikke selv oppstiller en effektiv kontraktsmekanisme som gir den rammede part mulighet til å få revidert kontrakten utenom ved enighet, må misforholdsbegrensningen anses å gi uttrykk for en rimeligere løsning enn en direkte anvendelse av klausulen. Både rimelighets- og lojalitetshensyn taler da for at kontrakten må vike for den bakgrunnsrettslige regel.

Etter å ha tatt i betraktning de enkelte hensyn som taler for og mot at hardship-klausulen skal virke enerådende, blir konklusjonen den at hardship-klausulen må vike for det alminnelige prinsipp om misforholdsbegrensning. Dette blir løsningen på tross av den klare ordlyden i ICC 1985 nr. 4 samt at det typisk gjelder et kommersielt kontraktsforhold mellom profesjonelle parter. Det er her avgjørende at

misforholdsbegrensningen anses som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp og at den ivaretar det grunnleggende hensynet om lojalitetsplikt i kontraktsforhold. Dersom man i tillegg legger til grunn innvendingene om at partene ofte tar en kalkulert risiko, og sjelden evaluerer hardship-klausulens ordlyd, må konklusjonen gjøres gjeldende med enda større styrke. Uansett blir resultatet at misforholdsbegrensningen må gå foran hardship-klausulen når det er konstatert at det er blitt mer byrdefullt for debitor å oppfylle kontraktsmessig på grunn av etterfølgende omstendigheter. Dette vil typisk være fra det øyeblikk det er konstatert at det foreligger "hardship" etter hardship-klausulen. Konklusjonen innebærer at realdebitors naturaloppfylleelsesplikt innstilles. Fritaket må gjelde frem til partene har kommet til enighet om en revidert kontrakt, som tar hensyn til de endrede omstendighetene. Etter dette vil det ikke være urimelig å kreve naturaloppfyllelse fra debitor, fordi vilkårene for misforholdsbegrensningen ikke lenger er oppfylt.

## 2.3 Forholdet til lempningsregelen i Avtaleloven § 36

Dersom økonomiske, juridiske eller tekniske endringer medfører at balanseforholdet mellom partene forrykkes, enten i form av at det blir mindre byrdefullt for den ene parten å oppfylle egne forpliktelser, at verdien av kontraktsytelsen reduseres eller at verdien øker uten at det innebærer økt oppfyllelsesbyrde for den andre part, kan ikke misforholdsbegrensningen anvendes som lempningsgrunnlag. Den alminnelige formuerettslige lempningsregel i norsk rett er avtl. § 36.<sup>88</sup> Denne generalklausulen gir etter sin ordlyd en generell adgang til helt eller delvis å sette til side eller endre en kontrakt dersom det vil "virke urimelig ... å gjøre den gjeldende". Bestemmelsen kan således kalles en sensurbestemmelse eller ugyldighetsregel. Spørsmålet er hvilken interaksjon som kan tenkes mellom denne generelle lempningshjemmelen og det individualiserte lempningsgrunnlaget partene har utarbeidet i kontrakten.

### 2.3.1 Den alminnelige lempningsregelen etter norsk kontraktsrett

Avtl. § 36 inneholder en konkret rimelighetsstandard. Det innebærer at rettsanvenderen må foreta en skjønnsmessig helhetsvurdering av om den konkrete avtalen eller avtalevilkårene er urimelige.<sup>89</sup> Dette følger av bestemmelsens ordlyd og lovforarbeidene, men er også slått fast i plenumsdommene Rt. 1988 s. 276 "Røstad" og Rt. 1988 s. 295 "Skjelsvik". I avtl. § 36 annet ledd er det gitt anvisning på visse momenter det skal tas hensyn til ved vurderingen av om det er urimelig å gjøre avtalen gjeldende. Denne oppregningen er ikke uttømmende, og i både forarbeidene, rettspraksis og teori er det gitt eksempler på øvrige momenter som kan ha relevans ved vurderingen.<sup>90</sup>

I motsetning til andre ugyldighetsregler rammer avtl. § 36 både urimelighet på grunn av forhold ved avtaleinngåelsen og på grunn av etterfølgende forhold. Bestemmelsens typiske anvendelsesområde er avtaler som ved avtaleinngåelsen var rimelig, men som på grunn av den senere utviklingen har blitt urimelig. F.eks. ved at en

---

<sup>88</sup> Jf. NOU 1979:32 s. 59 og Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 40.

<sup>89</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 279-283 og Woxholth (2009) s. 349-350.

<sup>90</sup> Se bl.a. Woxholth (2009) s. 355-379, Hov (2002) s. 279-304 og Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 288-304.

langvarig kontrakt, inngått flere år tilbake i tid, kommer i utakt med den nye rettslige og økonomiske situasjon. Den rammede part vil da kunne lide et merkbart økonomisk tap ved å fortsette å måtte være bundet av kontraktsvilkårene, og mye kan tale for å lempe kontrakten med hjemmel i avtl. § 36.

Som eksempel på hvilke etterfølgende forhold som kan gi grunnlag for å påberope lovbestemmelsen, kan det vises til de to høyesterettsdommene nevnt over. Her ble det slått fast at avtl. § 36 kan anvendes i langsiktige kontraktsforhold hvor prisutviklingen har ført til at det avtalte vederlaget har blitt urimelig. I "Røstad-dommen" var situasjonen den at festeavgiften var blitt urimelig lav på grunn av fall i pengeverdien, som langt på vei skyldtes samfunnsutviklingen. Avtalen var uoppsigelig for grunneieren. Flertallet kom til at det forelå grunnlag for en oppjustering av festeavgiften. "Skjelsvik-dommen" gjaldt i stor grad tilsvarende spørsmål som i "Røstad". Annenvoterende, som hadde utgjort mindretallet i "Røstad", fremhevet at dommen i sistnevnte sak førte til at avtl. § 36 måtte gi grunnlag for revisjon også i "Skjelsvik-dommen". De to rettsavgjørelsene taler for at samfunns- og markedsutviklingen er relevante omstendigheter med hensyn til avtl. § 36 og at en eventuell påfølgende ubalanse kan tilfredsstille urimelighetskriteriet.

Avtl. § 36 er av preceptorisk karakter. Dette følger av forarbeidene til bestemmelsen, som bl.a. sier at "...det ikke i avtale mellom partene kan bestemmes at lempningsregelen ikke skal kunne anvendes eller at den bare skal anvendes på en bestemt måte eller under spesielle forutsetninger."<sup>91</sup> Partene kan således ikke avtale seg bort fra det vern bestemmelsen gir mot urimelighet i kontraktsvilkårene. Hvilken betydning dette får for forholdet mellom bestemmelsen og hardship-klausulen vil behandles nærmere nedenfor.

Dersom domstolen finner at de endrede omstendighetene har gjort det urimelig å opprettholde kontraktsvilkåret etter sin ordlyd, åpner avtl. § 36 for å lempe kontraktsforholdet på flere måter. I henhold til forarbeidene kan enten det urimelige vilkåret endres, andre av avtalens vilkår endres, ett eller flere vilkår kan tilsidesettes eller hele avtalen tilsidesettes.<sup>92</sup> Den normale reaksjon må være at det urimelige vilkåret endres eller tilsidesettes. Det skal nok mye til før hele kontrakten settes tilside.

---

<sup>91</sup> Jf. Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 40.

<sup>92</sup> Jf. NOU 1979:32 s. 60.

Forarbeidene nevner bl.a. det tilfellet hvor mye av poenget med avtalen faller bort dersom kun det urimelige vilkåret endres, eller at det er avtalen i sin helhet som er påstått urimelig. Om hele eller deler av kontrakten kan tilsidesettes må avgjøres ut fra en konkret tolkning. Målet er uansett å komme frem til et rimelig resultat for begge parter. Dette innbyr til en omfattende drøftelse av det enkelte kontraktsforhold.

Ved å innta en hardship-klausul i kontrakten har partene utarbeidet et individualisert grunnlag for lempning av kontraktsforholdet. Det er antatt i teorien at dersom hardship-klausulen er så "åpen" at den gir de samme lempningsmuligheter både på rettsfakta og rettsvirkningssiden som avtl. § 36, vil det ikke være nødvendig å anvende lovbestemmelsen i det konkrete tilfellet.<sup>93</sup> Hardship-klausulen vil da gi partene den samme effektive beskyttelsen som følger av avtl. § 36, og følgelig vil det ikke være noen motsetning mellom kontraktsreguleringen og generalklausulen. Ettersom avtl. § 36 må anses preseptorisk, er det en forutsetning for at hardship-klausulen skal kunne virke enerådende at partene har *ment* at lovbestemmelsen ikke skal gjelde (direkte). Dette må avgjøres gjennom en tolkning av det enkelte kontraktsforholdet. Dersom disse forutsetningene er oppfylt, i tillegg til at klausulen gir de samme mulighetene for lempning som avtl. § 36, taler mye for at hardship-klausulen vil ta generalklausulen sin plass som umiddelbart lempningsgrunnlag.<sup>94</sup> Det første domstolen må vurdere er dermed om hardship-klausulen gir den samme lempningsmulighet både på rettsfakta- og rettsvirkningssiden som avtl. § 36. Dette må avgjøres gjennom en konkret tolkning av den enkelte hardship-klausul, og sammenholdes med hva som følger av avtl. § 36.

### 2.3.2 Lempningsmuligheten etter hardship-klausulen

Hardship-klausuler søker å regulere konsekvensene av uforutsette omstendigheters innvirkning på kontraktsforholdet på grunnlag som minner om urimelighetskriteriet i avtl. § 36. Som drøftet under kapittel 2.1.1 regulerer ICC 1985 og ICC 2003 bl.a. det tilfellet at endrede omstendigheter har medført en balanseforrykkelse i kontraktsforholdet. Ettersom hardship-klausulene også oppstiller et krav om at de endrede omstendighetene må ha hatt en vesentlig innvirkning på kontraktsforholdet, og

---

<sup>93</sup> Woxholth (2010) s. 336 og Bruserud (2010) s. 133-134.

<sup>94</sup> Bruserud (2010) s. 133.

dette beror på en sammenligning mellom balanseforholdet før og etter de inntrådte omstendighetene, taler mye for at de samme omstendighetene som omfattes av avtl. § 36 også vil falle under hardship-klausulenes anvendelsesområde. Med andre ord vil den etterfølgende ubalanse i kontraktsforholdet som utgjør "hardship" etter hardship-klausulene, også kunne anses som "urimelig" etter avtl. § 36. De to reguleringene må dermed sies å ha et overlappende anvendelsesområde, og således gi de samme lempningsmuligheter på rettsfaktasiden. Dette innebærer at balanseforrykkelsen gir grunnlag for lempning både etter hardship-klausulen og etter avtl. § 36.

Som nevnt benyttes hardship-klausuler hovedsakelig i kommersielle kontrakter inngått mellom profesjonelle parter. I henhold til lovforarbeidene er generalklausulens anvendelse uavhengig av hvem som er parter, og den gjelder også for avtaler mellom næringsdrivende.<sup>95</sup> Det følger imidlertid av lovteksten at "partenes stilling" er et av momentene det skal tas hensyn til i rimelighetsvurderingen. Flere høyesterettsavgjørelser taler for at det skal svært mye til før urimelighetskravet er oppfylt ved kommersielle kontrakter mellom jevnbyrdige parter.<sup>96</sup> Både hensynet til forutberegnelighet og at avtalen ofte er utslag av en kalkulert risiko, tilsier at det kreves tungtveiende grunner før kommersielle kontrakter kan lempes etter avtl. § 36.<sup>97</sup> Dette kan tale for at hardship-klausulen har et større anvendelsesområde enn avtl. § 36 innenfor disse kontraktstypene, og at klausulen i visse tilfeller kan virke enerådende.

Endelig må det vurderes om hardship-klausulene åpner for de samme rettsvirkningene som avtl. § 36. Det er avgjørende for om det i det hele tatt foreligger noen motstrid mellom reguleringene. Hardship-klausulen kan for det første gi de samme lempningsvirkningene dersom klausulen oppstiller klart spesifiserte rettsvirkninger som er de samme som følger av avtl. § 36. For det andre kan klausulens rettsvirkning være så "åpen" at den må tolkes slik at den gir de samme lempningsmulighetene som lovbestemmelsen.<sup>98</sup> Hvis det er tilfellet, vil det ikke være noe behov for avtl. § 36, fordi

---

<sup>95</sup> Jf. NOU 1979:32 s. 59 og Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 41.

<sup>96</sup> Se bl.a. Rt. 1999 s. 922 (s. 932), Rt. 2000 s. 806 (s. 816), Rt. 2003 s. 1132 (avsnitt 46) og Rt. 1998 s. 1980 (s. 1987).

<sup>97</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 288 og Woxholth (2010) s. 338.

<sup>98</sup> Woxholth (2010) s. 336.



det ikke er noen motsetning mellom det avtalefestede lempningsgrunnlaget og den lovbestemte lempningsregelen.

Etter ICC 1985 nr. 3 og ICC 2003 nr. 2 er den direkte rettsvirkningen av "hardship" at den rammede part kan kreve en reforhandling av kontrakten, og at partene har en plikt til å forsøke å komme frem til kontraktsvilkår som tar hensyn til de endrede omstendighetene. Utenom en slik reforhandlingsplikt oppstiller ikke klausulene andre direkte rettsvirkninger. Ingen av modellklausulene gir således en umiddelbar rett til å få tilsidesatt eller endret hele eller deler av kontrakten dersom den skulle vise seg å ha blitt ubalansert etter kontraktsinngåelse. Slike konsekvenser vil først inntre dersom partene blir enige om det under reforhandlingene, eventuelt dersom klausulen inneholder en subsidiær kontraktsregulering om at tvisten kan bringes videre til et tvisteløsningsorgan med bindende myndighet. Det er dermed klart at ICC 1985 og ICC 2003 ikke gir adgang til de samme lempningsvirkninger som følger av avtl. § 36.

Når hardship-klausulen ikke inneholder reguleringer på rettsfakta eller rettsvirkningssiden som ellers følger av avtl. § 36, kommer spørsmålet om interaksjonen mellom en inntatt hardship-klausul og bakgrunnsretten på spissen. Hardship-klausulen gir partene en snevrere lempningsmulighet enn etter avtl. § 36 og klausulen kan da ikke sies å gi partene en tilsvarende beskyttelse som den som følger av lovbestemmelsen. Det oppstår således en motsetning mellom de to lempningsgrunnlagene. Selv om partene f.eks. blir enige om en endring av kontrakten under reforhandlingene, vil dette sjelden medføre at den realiserste risikoen i sin helhet overføres fra den rammede parten til motparten. Ofte vil det virke gunstigere for den rammede part å få frigjort sin likviditet fra kontraktsforholdet, slik at denne likviditeten kan benyttes ellers i markedet. Partens primære interesse vil derfor være å komme seg ut av kontraktsforholdet, subsidiært å få opphevet det urimelige kontraktsvilkåret. Dette strider imidlertid mot den andre partens interesser og hardship-klausulens formål om at kontraktsforholdet skal fortsette å gjelde, om enn på endrede vilkår.

Det neste skritt blir da å avgjøre om domstolen kan foreta en rimelighetsvurdering etter avtl. § 36, og på dette grunnlag tilsidesette hele eller deler av kontrakten, når kontrakten allerede inneholder en lempningsregel i form av en hardship-klausul som begrenser lempningsmulighetene etter avtl. § 36. Spørsmålet er

altså om det er det avtalehjemlede lempningsgrunnlaget eller den lovbestemte lempningsregelen som skal få forrang.

### 2.3.3 Interaksjonen mellom hardship-klausulen og avtl. § 36 - hvilken av lempningsgrunnlagene skal få forrang?

Temaet for drøftelsen er om hardship-klausulen kan virke enerådende innenfor sitt anvendelsesområde eller om den må vike for, eller suppleres med, avtl. § 36.

Som nevnt er avtl. § 36 av preseptorisk karakter. Med "preseptorisk karakter" mener jeg at selv om de prinsippene avtl. § 36 hjemler må anses ufravikelige, så kan vurderingstema etter bestemmelsen endres gjennom individuell kontraktsregulering. Dette er bl.a. fremhevet av Høgberg, som skriver:

"Enkelte regelsett kan man i høy grad endre vurderingstemaet i forhold til, uten at det er naturlig å kalle reglene deklarasjonelle av den grunn, jf. eksempelvis læren om bristende forutsetninger eller uriktige forutsetninger, avtaleloven §33 eller 36 osv. Disse reglene vil alltid gjelde, men om man tematiserer det lovreglene regulerer i avtalen, vil vurderingstemaet etter reglene endre seg." <sup>99</sup>

Ved å innta en hardship-klausul i kontrakten har partene tematisert deler av lovbestemmelsens anvendelsesområde i kontrakten, i tillegg til å begrense lempningsvirkningen til kun å være reforhandling. Vurderingstemaet etter avtl. § 36 blir da et annet. Fra å være det primære lempningsgrunnlaget går bestemmelsen over til å angi de kriterier det individuelle lempningsgrunnlaget må oppfylle. Spørsmålet er ikke lenger hvorvidt de endrede omstendighetene må anses så urimelige at de berettiger en lempning av kontrakten, men hvorvidt de lempningsmuligheter som følger av hardship-klausulen er rimelige i lovbestemmelsens forstand.<sup>100</sup> Dette beror på om klausulen, på tross av de begrensede lempningsmulighetene, kan sies å gi partene en tilstrekkelig effektiv beskyttelse tilsvarende de prinsipper avtl. § 36 søker å beskytte.<sup>101</sup> Avtl. § 36 innebærer da en form for rimelighetsvurdering eller sensur av selve

---

<sup>99</sup> Høgberg (2006) s. 174.

<sup>100</sup> Bruserud (2010) s. 133.

<sup>101</sup> Ibid., s. 135.

hardship-klausulen. Dersom domstolen kommer til at klausulen ikke gir partene en tilstrekkelig effektiv beskyttelse, og således er urimelig, må kontraktsforholdet lempes på grunnlag av lovbestemmelsen. Hardship-klausulen vil dermed suppleres med avtl. § 36.

Før domstolen foretar denne rimelighetsvurderingen av klausulen må den vurdere om partene har *ment* at grensene for lempning skal gå ved kontrakten, slik at rettsvirkningene etter avtl. § 36 bevisst er satt ut av spill.<sup>102</sup> Dersom partene ikke har ment å utelukke lepningsvirkningene etter generalklausulen, er det klart at disse må gjelde ved siden av hardship-klausulen. Dette fordi avtl. § 36 hjemler grunnleggende kontraktsrettslige prinsipper av preseptorisk karakter, i tillegg til at bestemmelsen er ment å beskytte partene mot uforutsette omstendigheter.<sup>103</sup> Det må derfor oppstilles som et minstekrav for at hardship-klausulen skal kunne virke enerådende at partene faktisk har ment og ønsket dette. Dette må avgjøres gjennom en tolkning av det enkelte kontraktsforholdet.

Når kontrakten generelt gir inntrykk av å skulle gi en uttømmende regulering av rettsforholdet mellom partene, kan det være et moment mot å anvende avtl. § 36 i tillegg til hardship-klausulen. Det kan være tilfellet dersom kontrakten inneholder en entire agreement-klausul eller force majeure-klausul. I tillegg til kontraktens ordlyd er bl.a. avtaleformålet, avtalens forhistorie og kontraktens struktur relevante momenter i vurderingen av hva partene har ment.<sup>104</sup> Forutsatt at man etter en tolkning av det konkrete kontraktsforholdet kommer til at partene har *ment* at lepningsvirkningene kun skal være reforhandling, og at de således har tatt et standpunkt om å sette rettsvirkningene etter avtl. § 36 ut av spill, blir spørsmålet om de *kan* oppnå et slikt resultat.

Det forhold at partene har blitt enige om en egen lepningsregel kan i seg selv være en presumsjon for at kontrakten ikke er urimelig etter avtl. § 36. Dette fordi hardship-klausulen viser at partene har vært forberedt på fremtidige revisjoner av kontrakten, i tillegg til at de har tatt et standpunkt om hvilke virkninger det skal ha for kontraktsforholdet. Jeg viser imidlertid til innvendingene som er drøftet over i

---

<sup>102</sup> Woxholth (2010) s. 336.

<sup>103</sup> NOU 1979:32 s. 59 og Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) s. 40.

<sup>104</sup> Woxholth (2009) s. 408-422.

kapittel 2.2.3 om at partene, etter en kost-nytte analyse, ikke alltid vurderer hardship-klausulens ordlyd og rettslige virkning. Dersom man kommer til at partene har tatt en slik kalkulert risiko taler det mot å gi hardship-klausulens ordlyd stor vekt.

At en reforhandlingsklausul kan være avgjørende for anvendelsen av urimelighetskriteriet i avtl. § 36 følger av Rt. 1998 s. 1683. Sakens parter var Fredrikstad Energiverk AS og Østfold Energi AS. Energiverket krevde prinsipalt at den opprinnelige kontrakten skulle revideres i samsvar med et nesten ferdigforhandlet avtaleutkast, som det for øvrig ikke var oppnådd full enighet om. Subsidiært krevde de den opprinnelige avtalen lagt til grunn. Høyesterett kom enstemmig til at avtalen ikke kunne revideres i samsvar med avtaleutkastet, men at den opprinnelige avtalen skulle gjelde mellom partene. Det ble derfor ikke foretatt noen revisjon av avtalen. Den prinsipale påstanden ga imidlertid grunnlag for drøftelse av to interessante spørsmål som ble behandlet nokså under ett i dommen. For det første var det et spørsmål om reforhandlingsklausulen kunne suppleres med avtl. § 36. For det andre om avtl. § 36 ga grunnlag for å revidere hele kontrakten i samsvar med avtaleutkastet. Det er det første spørsmålet som er interessant for denne avhandlingen. I den opprinnelige kontrakten var det inntatt følgende reforhandlingsklausul:

"Såfremt kontrakten skulle vise seg å gi urimelige og vesentlige utslag til skade for en av partene, kan forhandlinger om revisjon av de angjeldende bestemmelser kreves opptatt. Blir partene ikke enig om en slik revisjon, blir revisjonskravene å henvise til voldgift i henhold til § 11."<sup>105</sup>

Flertallet la til grunn at avtl. § 36 ikke kunne supplere reforhandlingsklausulen i det konkrete tilfellet. Førstvoterende, som flertallet sluttet seg til, bemerket følgende om revisjonsspørsmålet:

"Jeg bemerker først at det etter mitt syn ikke er grunnlag for å anvende avtaleloven § 36 ved en eventuell revisjon i retning av den prinsipale påstand. Bedømmes elverkskontrakten som en helhet, må en også ta i betraktning at denne inneholder en revisjonsklausul i § 10 som gir partene et redskap til å råde bot på slik urimelighet og

---

<sup>105</sup> Jf. dommen s. 1698.

ubalanse som § 36 skal rette opp. På denne bakgrunn finner jeg at det i spørsmålet om revisjon av elverkskontrakten må bygges på kontraktens egen revisjonsklausul i § 10."<sup>106</sup>

En naturlig forståelse av uttalelsen er at eksistensen av en reforhandlingsklausul i seg selv taler for at kontrakten samlet sett ikke er urimelig.<sup>107</sup> Når kontrakten allerede inneholdt en mekanisme for å råde bot på balanseforrykkelsen måtte denne uttømmes før man eventuelt kunne anvende avtl. § 36. På dette grunnlag kom flertallet til at det ikke var mulig å bytte ut avtalen med utkastet etter avtl. § 36. Mindretallet var derimot av den oppfatning at reforhandlingsklausulen ikke stengte for anvendelsen av lovbestemmelsen. Tredjevoterende, som representerte mindretallet, fant at avtl. § 36 prinsipielt åpnet for å legge utkastet til grunn som revidert avtale, men kom etter en konkret vurdering til at det ikke var adgang til dette i det aktuelle tilfellet.<sup>108</sup> For å komme frem til en slik løsning anvender tredjevoterende avtl. § 36, og ikke reforhandlingsklausulen.

Når det gjelder spørsmålet om forholdet mellom kontraktens reforhandlingsklausul og avtl. § 36 er både flertallets og mindretallets begrunnelser svært korte. Som påpekt av Bruserud kan det ha hatt vesentlig betydning for flertallets standpunkt at reforhandlingsklausulen inneholdt en effektiv håndhevingsbestemmelse som ga domstolene subsidiær revisjonsadgang.<sup>109</sup> Bruserud fremhever bl.a. at reforhandlingsklausulen neppe ville ha blitt ansett som et "redskap" som kan råde bot på den ubalanse avtl. § 36 skal rette opp, dersom klausulen ikke ble ansett for å gi domstolen en subsidiær revisjonskompetanse.<sup>110</sup> Dommen kan derfor vanskelig gi grunnlag for slutninger om at hardship-klausulen vil virke enerådende i alle tilfeller. Imidlertid taler den for at tilstedeværelsen av en reforhandlingsklausul gjør at det skal mer til før kontrakten anses urimelig i avtl. § 36 forstand.

En grunnleggende forutsetning for at hardship-klausulens lempningsvirkninger skal kunne være enerådende er som nevnt at klausulen kan sies å gi partene en effektiv

---

<sup>106</sup> Jf. dommen s. 1697.

<sup>107</sup> Meidell (2002) s. 507.

<sup>108</sup> Se dommen s. 1701-1702.

<sup>109</sup> Bruserud (2010) s. 138.

<sup>110</sup> Ibid., s. 355-356.

beskyttelse. Det innebærer at hardship-klausulen må inneholde kontraktsmekanismer som sikrer en beskyttelse av den rammede part som avtl. § 36 ellers ville gitt, slik at klausulen ikke anses å være "urimelig".

For det tilfelle at reforhandlingene svikter er det således et vesentlig moment om hardship-klausulen inneholder noen form for subsidiær kontraktsregulering som gir den rammede part en alternativ mulighet til å få lempet kontraktsforholdet. Innledningsvis ble det gitt eksempler på typiske subsidiære kontraktsmekanismer, nemlig at kontrakten fortsetter å gjelde etter sitt opprinnelige innhold, at den rammede part har rett til å bringe kontraktsforholdet til opphør, eller at spørsmålet om endring kan bringes inn for et tvisteløsningsorgan med eller uten bindende myndighet. Dersom klausulen inneholder en subsidiær kontraktsmekanisme kan det tale for at kontrakten er ment å være uttømmende. Partene har da gått langt i å kontraktsregulere mekanismer som skal sikre de forhold som ellers ville blitt ivaretatt gjennom avtl. § 36. De har ikke bare søkt å hjemle en lempningsadgang i kontrakten, men også gjort sitt for at den skal virke som en effektiv beskyttelse i praksis.

Dersom den subsidiære kontraktsmekanismen gir den rammede part en mulighet til å få påberopt de endrede omstendighetene som grunnlag for lempning, uavhengig av enighet hos motparten, taler mye for at klausulen gir parten en tilstrekkelig effektiv beskyttelse. I juridisk teori er det antatt at sikring gjennom et tvisteløsningsorgan, som bindende kan fastsette endringer i partenes rettigheter eller forpliktelser eller at den rammede parten kan bringe kontraktsforholdet til opphør, normalt vil være tilstrekkelig til at hardship-klausulen kan virke enerådende.<sup>111</sup> Motsetningsvis, dersom hardship-klausulen kun gjør det mulig å få revidert kontrakten ved enighet mellom partene, kan den neppe sies å gi den rammede part et effektivt vern. Dette taler for at en subsidiær kontraktsmekanisme i form av at den opprinnelige kontrakten skal fortsette å gjelde eller at spørsmålet kan bringes inn for en ekspert uten bindende myndighet, ikke gir en tilstrekkelig effektiv beskyttelse til at hardship-klausulen kan virke enerådende. Hardship-klausulen er da "urimelig" i lovbestemmelsens forstand, og må suppleres med lempning etter avtl. § 36.

Når det gjelder effektive kontraktsmekanismer er det stor forskjell mellom ICC 1985 og ICC 2003.

---

<sup>111</sup> Ibid., s. 135.

Etter ICC 1985 nr. 5 første alternativ medfører et mislykket reforhandlingsforsøk at den opprinnelige kontrakten fortsetter å gjelde. Det kan med andre ord kun skje en revisjon av kontrakten dersom partene klarer å bli enige. Det følger av kommentarene til klausulen at det ikke gjelder noen plikt for partene til å bli enige, herunder at et mislykket forsøk ikke gir den rammede part noen rett på erstatning eller annen kompensasjon.<sup>112</sup> I tillegg kan parten ikke kreve at reforhandlingene pågår lenger enn i 90 dager. ICC 1985 oppstiller ingen annen mulighet til å få lempet kontraktsforholdet. Det eneste denne klausulen fastsetter er således en usanksjonert reforhandlingsplikt, uten den form for press som ligger i en subsidiær termineringsadgang eller bindende tvisteløsning.

En tilsvarende reforhandlingsklausul var oppe i LB-2002-665. Saken gjaldt forståelsen av en regulering i en kraftleveransekontrakt, hvor det bl.a. fremgikk at partene pr. 1. januar 1997 skulle "...vurdere hvorvidt det hensett til selvkost sammenholdt med markedspris på kraft er *rimelig* å endre den pris som da er gjeldende mellom partene." (min uth.). På bakgrunn av ordlyden kom retten til at den rammede part ikke hadde noe krav på at avtalen ble terminert eller endret hvis man ikke oppnådde enighet om ny pris. Lagmannsretten forstod reguleringen som en reforhandlingsklausul og viste til Høyesteretts uttalelse i Rt. 1994 s. 1, som sier følgende: "Jeg nevner at det kan være tvilsomt i hvilken utstrekning en slik reforhandlingsklausul gir vedkommende kontraktspart noe egentlig krav på endringer i kontrakten."<sup>113</sup> Poenget med reguleringen var i følge lagmannsretten ikke at partene skulle ha et krav på å få avgjort saken med utgangspunkt i klausulen. Derimot hadde den rammede part rett til reforhandling hvis det fremstod som rimelig å endre prisen og til eventuelt å bringe saken inn for retten hvis enighet ikke oppnås, jf. avtl. § 36.

Når hardship-klausulen i realiteten ikke vil ha direkte rettsvirkninger med mindre partene kommer til enighet, kan den ikke sies å gi noen effektiv beskyttelse. Klausulen gir ikke den rammede part noen materiell rett til å få lempet kontrakten på grunn av de endrede omstendighetene. Dersom reforhandlingene strander vil den rammede part således måtte fortsette å være bundet av kontrakten på tross av at den er konstatert å være ubalansert. Hvis hardship-klausulen skulle virke enerådende ville den

---

<sup>112</sup> ICC 1985 kommentar nr. 8, s. 22.

<sup>113</sup> Se dommen s. 14.

dermed frata partene grunnleggende rettigheter, uten å tilby noen rettigheter tilbake.

Konklusjonen blir etter dette at dersom hardship-klausulen har en tilsvarende ordlyd som ICC 1985, må den suppleres med lempning etter avtl. § 36. Dette fordi hardship-klausulen ikke inneholder en subsidiær kontraktsmekanisme som gir partene en effektiv beskyttelse, og den må derfor anses "urimelig" i lovbestemmelsens forstand. Det forhold at avtl. § 36 prinsipielt er preseptorisk taler til inntekt for en slik løsning. Om den rammede part har rett til å få hele eller deler av kontrakten tilsidesatt på grunn av balanseforrykkelsen må domstolen avgjøre med utgangspunkt i urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36. Dersom domstolen kommer til at den etterfølgende ubalansen har gjort kontraktsforholdet urimelig kan den følgelig sette hele eller deler av kontrakten til side med hjemmel i lovbestemmelsen. Konklusjonen blir uansett at hardship-klausulen ikke vil virke enerådende.

ICC 2003 nr. 3 inneholder en subsidiær kontraktsmekanisme som gir den rammede part en rett til å si opp kontrakten dersom partene ikke kommer til enighet under reforhandlingene. Det oppstilles ingen krav til forhandlingene eller vilkår som må være uttømt før parten kan kreve en slik terminering, kun at partene ikke har klart å komme til enighet. ICC 2003 oppstiller heller ingen konkret tidsramme for reforhandlingene, utenom at det må skje "within a reasonable time" fra fremsettelsen av reforhandlingskravet.<sup>114</sup> Konsekvensene av en terminering vil hovedsakelig være at begge parter fritas for sine forpliktelser etter kontraktsforholdet fra og med det tidspunktet termineringskravet er fremsatt.

En umiddelbar adgang til å terminere vil verken virke lett eller rimelig, særlig hvis en har kommet langt i kontraktsperioden. For at termineringsadgangen ikke skal misbrukes av den rammede part må det legges til grunn at domstolen kan innfortolke visse krav til reforhandlingene.<sup>115</sup> I tillegg til at partene er forpliktet av den alminnelige lojalitetsplikt til å foreta reelle forhandlingsforsøk, må det nok innfortolkes en plikt for den rammede part til å fremsette reforhandlingsforslag innenfor de rammer klausulen setter samt å godta et forslag innenfor de samme rammer fremsatt av motparten. En slik forståelse følger også av kommentarene til ICC 2003.<sup>116</sup> Som påpekt av Bruserud vil

---

<sup>114</sup> ICC 2003 nr. 2.

<sup>115</sup> Bruserud (2010) s. 357.

<sup>116</sup> ICC 2003 note e, s. 17.



den subsidiære kontraktsmekanismen ellers legge et urimelig stort forhandlingspress på motparten, og av denne grunn vil ikke hardship-klausulen anses å gi partene en tilstrekkelig effektiv beskyttelse med hensyn til avtl. § 36.

Forutsatt at man innfortolker disse forpliktelsene taler mye for at hardship-klausulen må ta generalklausulens plass som det primære lempningsgrunnlaget. Begrunnelsen for dette er at ICC 2003 går lenger enn avtl. § 36 når det gjelder mulighetene for lempning, ved at klausulen gir den rammede part en generell adgang til å terminere kontraktsforholdet dersom reforhandlingene strander. Etter avtl. § 36 kan en urimelighetsvurdering føre til at hele kontrakten tilsidesettes. Det skal imidlertid svært mye til og domstolen vil nok først forsøke å komme til et rimelig resultat ved å endre, eventuelt tilsidesette, det urimelige kontraktsvilkåret. Når hardship-klausulen inneholder en subsidiær kontraktsmekanisme om at den rammede part ensidig kan terminere kontraktsforholdet, tilsier det at parten må være tilstrekkelig effektivt beskyttet med hensyn til balanseforrykkelse gjennom klausulen. Det kan derfor ikke være nødvendig å supplere klausulen med lempning etter avtl. § 36. Den subsidiære termineringsadgangen medfører således at klausulen ikke anses urimelig etter lovbestemmelsen og konklusjonen blir at en hardship-klausul tilsvarende ICC 2003 vil virke enerådende.

## 2.4 Forholdet til forutsetningslæren

En "hardship-situasjon" vil typisk innebære at visse forutsetninger som partene la til grunn ved avtaleinngåelsen har sviktet på grunn av en uforutsett utvikling. F.eks. vil økonomiske, juridiske eller tekniske endringer ofte medføre at den ene parten, i strid med avtaleforutsetningene, lider et betydelig økonomisk tap ved å fortsette å måtte være bundet av kontrakten. En slik situasjon aktualiserer anvendelsen av den almene forutsetningslæren.

### 2.4.1 Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger

Etter den ulovfestede forutsetningslæren kan den ene parten kreve at kontraktsforpliktelsene bortfaller eller endres som følge av uforutsette endrede omstendigheter.<sup>117</sup> Læren skiller mellom uriktige og bristende forutsetninger. Med uriktige forutsetninger menes at de forutsetningene partene la til grunn på kontraktsinngåelsestidspunktet var uriktige. Dersom forutsetningene derimot svikter på grunn av endringer oppstått etter avtaleslutningen er det snakk om bristende forutsetninger. Enkelte hardship-klausuler omhandler både tilfellene av bristende og uriktige forutsetninger. ICC 1985 og ICC 2003 rammer imidlertid kun forhold inntrådt etter avtaleslutningen. Ettersom det er disse modellklausulene som er analyseobjektet i avhandlingen, vil den videre drøftelsen kun konsentrere seg om hardship-klausulenes forhold til læren om bristende forutsetninger.<sup>118</sup> Med forutsetningslæren menes i det følgende derfor læren om bristende forutsetninger.

For at lempning skal kunne kreves må fire vilkår være oppfylt.<sup>119</sup> For det første må løftet være avgitt under en bestemt forutsetning, som senere brister. For det andre må denne forutsetningen ha vært motiverende for løftegiver. Dette såkalte kausalvilkåret innebærer en vurdering av om den rammede parten ville ha avgitt avtaleløftet dersom han hadde hatt kunnskap om den oppståtte situasjon. For det tredje

---

<sup>117</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 248.

<sup>118</sup> Se Bruserud (2010) s. 245-264 for en nærmere redegjørelse for forholdet mellom hardship-klausuler og læren om uriktige forutsetninger.

<sup>119</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 248-249.

må både forutsetningen og kausaliteten ha vært synbar for løftemottaker. Man skiller gjerne mellom individuelle forutsetninger, som må ha vært brakt til løftemottakerens kunnskap for å være synbar, og typeforutsetninger, som er synbare uten at man trenger å tilkjenne dem.<sup>120</sup> Sistnevnte er forutsetninger som parter ved denne type kontrakter vanligvis har. For det fjerde må forutsetningsbristen være relevant.<sup>121</sup> Dette innebærer en sammensatt vurdering av hvilken part som bør bære risikoen for utviklingen og reiser spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet. Et moment i denne helhetsvurdering er om løftegiver *burde* ha skjønnet at de endrede omstendighetene ville inntre. Forholdene må ha endret seg annerledes enn det man med rimelighet kunne ha tatt i betraktning ved kontraktsinngåelsen. Jo mer langsiktig kontraktsforholdet er, jo vanskeligere er det å forutse endringer i kontraktsperioden. Det tilsier at det skal mer til før momentet er oppfylt ved langvarige kontraktsforhold. Et annet moment er om den bristende forutsetningen har gjort det urimelig vanskelig eller umulig å fortsette å være bundet av kontrakten.

Dersom vilkårene er oppfylt er utgangspunktet at den rammede parts kontraktsforpliktelse bortfaller. I et gjensidig bebyrdende kontraktsforhold medfører dette at også den andre partens forpliktelse faller bort, slik at kontrakten som helhet bortfaller.<sup>122</sup> Disse konsekvensene har bare virkning fremover i tid. Som fremhevet av Hagstrøm/Aarbakke må det også være adgang til kun å endre kontrakten, herunder modifisere enkelte kontraktsbestemmelser, slik at man unngår virkningene av den bristende forutsetningen.

Etter vedtakelsen av avtl. § 36 har forholdet mellom generalklausulen og forutsetningslæren stadig blitt problematisert i juridisk teori. Spørsmålet har vært hvorvidt avtl. § 36 har konsumert anvendelsen av forutsetningslæren, da de innholdsmessig er nokså sammenfallende. Forarbeidene til avtl. § 36 tar ikke klart stilling til spørsmålet, og det har heller ikke blitt satt tilstrekkelig på spissen til at Høyesterett har sett det nødvendig å avgi en prinsipiell drøftelse om forholdet. De uttalelser man finner i høyesterettsavgjørelser hvor spørsmålet har vært berørt, kan tolkes i begge retninger. Noen taler for at forutsetningslæren er konsumert, andre for at

---

<sup>120</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 249 og Bruserud (2010) s. 93-96.

<sup>121</sup> Hov (2002) s. 301.

<sup>122</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 250.

begge rettsreglene gjelder. Den klareste uttalelsen finner man hos flertallet i Rt. 1999 s. 922 "Salhusbru".<sup>123</sup> Saken var prosedert som et spørsmål om bristende forutsetninger, noe også flertallet fant mest nærliggende. Førstvoterende, som tilhørte flertallet, uttaler seg imidlertid også om avtl. § 36. Således bygde flertallet på at de to lempningsreglene besto ved siden av hverandre. Dette kan tolkes som at man har et dobbelt hjemmelsgrunnlag for avtalerevisjon og at forutsetningslæren fortsatt gjelder.<sup>124</sup> En årsak til dette er nok at læren etter praksis og teori gir større mulighet for avtalerevisjon i kommersielle kontraktsforhold, hvor partene har tatt en kalkulert risiko som viser seg å svikte, enn det som følger av avtl. § 36.<sup>125</sup> Den inngående dissensen om anvendelsen av læren om bristende forutsetninger eller avtl. § 36 i "Salhusbru" (henholdsvis 3-2), taler imidlertid for at det fortsatt er usikkerhet om forutsetningslærens plass ved siden av avtl. § 36.

Jeg vil ikke foreta en inngående drøftelse av grenseforholdet mellom rettsreglene, da det ikke er nødvendig for formålet med denne avhandlingen. Å analysere forholdet mellom hardship-klausuler og forutsetningslæren er interessant, uavhengig av hvilken posisjon forutsetningslæren anses å ha i forhold til avtl. § 36. Jeg legger derfor til grunn at forutsetningslæren kan påberopes som et alternativt rettslig grunnlag for å få tilsidesatt hele eller deler av kontrakten ved balanseforrykkelse på grunn av uforutsette omstendigheter.

Når partene har utarbeidet et individualisert lempningsgrunnlag i form av en hardship-klausul, er spørsmålet hvilken betydning det får for anvendelsen av forutsetningslæren i tilfellet av bristende forutsetninger. Dette beror først og fremst på hvilke lempningsmuligheter som følger av hardship-klausulen og således om det foreligger noen motsetning mellom de to lempningsgrunnlagene.

---

<sup>123</sup> Se dommen s. 932.

<sup>124</sup> Hov (2002) s. 302, Svarva/Hagstrøm (1999) s. 828 og Bruserud (2010) s. 93.

<sup>125</sup> Svarva/Hagstrøm (1999) s. 828.

#### 2.4.2 Lempningsmuligheten etter hardship-klausulen

På bakgrunn av det som er drøftet i kapittel 2.1.1 om hardship-klausulenes anvendelsesområde, er det klart at ICC 1985 og ICC 2003 direkte tematiserer forutsetningslærens mulige rettsvirkninger innenfor klausulenes anvendelsesområde.

Når det gjelder rettsfaktasiden oppstiller både ICC 1985 og ICC 2003 vilkår om at de endrede omstendighetene må ha hatt en viss innvirkning på kontraktsforholdet, som partene ikke kunne ha forutsett på avtaletidspunktet. Innvirkningen kan som tidligere nevnt bestå i at det er blitt mer byrdefullt å oppfylle, at verdien av kontraktsytelsen reduseres eller at balanseforholdet mellom partene forrykkes. Hardship-klausulene regulerer dermed flere typer interessesvikt i kontraktsforholdet som skyldes uforutsette endringer etter kontraktsinngåelsen, og de tematiserer således de samme spørsmålene som reises etter læren om bristende forutsetninger. Ettersom hardship-klausulen utgjør et individualisert grunnlag for lempning, taler mye for at klausulen konsumerer forutsetningslæren innenfor sitt anvendelsesområde.

Som poengtert av Bruserud omfatter imidlertid forutsetningslæren langt flere kategorier interessesvikt enn de hardship-klausulene regulerer.<sup>126</sup> Han viser bl.a. til den kategoriseringen Lehrberg har foretatt, hvor det oppstilles tolv grupper forutsetninger.<sup>127</sup> For disse kategoriene av forutsetningssvikt, som ligger utenfor hardship-klausulenes anvendelsesområde, er det naturlig å konkludere med at forutsetningslæren fortsatt gjelder. Dette fordi forutsetningene ellers ikke ville hatt noe effektivt vern ved en eventuell svikt.

Det kan imidlertid reises spørsmål om kontrakten som helhet kan avskjære forutsetningslæren også for de bristende forutsetningene som ikke faller under hardship-klausulenes anvendelsesområde. På den ene side kan kontrakten generelt gi inntrykk av å skulle inneholde en uttømmende regulering av rettsforholdet mellom partene. Det kan være tilfelle dersom kontrakten preges av detaljregulering og ellers gir inntrykk av fullstendighet, f.eks. ved at kontrakten inneholder en entire agreement-klausul.<sup>128</sup> En slik kontraktsutforming kan tale for at løsningen først og fremst må finnes i kontraktsdokumentet. På den annen side kan forutsetningssvikten

---

<sup>126</sup> Bruserud (2010) s. 130.

<sup>127</sup> Lehrberg (1989) s. 286-293.

<sup>128</sup> Bruserud (2010) s. 130-131.

være av en helt annen karakter enn den interessesvikt som omfattes av hardship-klausulene. Dersom disse kategoriene av forutsetninger utelukkes etter en tolkning av kontrakten, vil ikke partene ha noe effektivt vern i tilfelle en av forutsetningene brister. Det vil virke svært urimelig å skulle frata partene grunnleggende rettigheter uten å tilby noen rettigheter tilbake. Løsningen må derfor bli at man ikke kan avskjære forutsetningssvikt som faller utenfor hardship-klausulen gjennom en helhetsvurdering av kontrakten, slik at forutsetningslæren fortsatt vil gjelde som lempningsgrunnlag for disse formene for interessesvikt.

For de kategoriene av forutsetningssvikt som omfattes av hardship-klausulenes anvendelsesområde er det neste spørsmålet om klausulene gir mulighet for de samme rettsvirkningene som følger av forutsetningslæren. Som omtalt tidligere er den direkte lempningsvirkningen etter ICC 1985 og ICC 2003 kun at den rammede parten har rett til å kreve reforhandlinger. Dersom vilkårene etter forutsetningslæren er oppfylt har parten derimot en umiddelbar rett til å frafalle sine kontraktsforpliktelser, noe som normalt fører til at hele kontrakten bortfaller. Forutsetningslæren åpner således for vesentlig andre rettsvirkninger enn hardship-klausulene og det foreligger dermed en motsetning mellom de to lempningsgrunnlagene.

Når partene ved å innta en hardship-klausul har søkt å regulere i kontrakten det forhold at uforutsette omstendigheter medfører en interessesvikt, blir spørsmålet om dette utelukker anvendelsen av forutsetningslæren. Problemstillingen er med andre ord om partene *kan* avtale seg bort fra forutsetningslæren ved å kontraktsregulere at lempningsvirkningene kun skal være reforhandling, slik at rettsvirkningene etter forutsetningslæren bevisst er satt ut av spill.

#### 2.4.3 Interaksjonen mellom hardship-klausulen og forutsetningslæren - hvilken av lempningsgrunnlagene skal få forrang?

Spørsmålet om partene kan fravike forutsetningslæren ved å innta en hardship-klausul, og eventuelt i hvilken utstrekning den gjør det, beror først og fremst på om forutsetningslæren anses å være preseptorisk eller deklarasorisk.

Jeg har tidligere referert fra Høgbergs drøftelse om at det finnes rettsregler som det er vanskelig å plassere i sontringen deklarasjons-presepsjons.<sup>129</sup> Man kan endre vurderingsstemaet til enkelte rettsregler, uten at det er naturlig å kalle reglene deklarasjons av den grunn. Dette gjelder bl.a. for læren om bristende forutsetninger. Høgberg definerer forutsetningslæren som et alminnelig obligasjonsrettslig prinsipp, som det i alminnelighet skal mer til for å fravike enn mer positivrettslige detaljregler:

"Eksempler på regler som det skal mye til for å fravike ... er reglene om modifikasjon og bortfall av kontrakten på grunnlag av læren om bristende forutsetninger. At det i disse tilfeller skal mer til for å fravike de sentrale (men ikke nødvendigvis presepsjons) prinsipper, vil ikke si at det er umulig i enhver relasjon. For eksempel er det et visst grunnlag for å hevde at likeverdige, profesjonelle parter i kommersielle kontraktsforhold kan gi avkall på det vern som ellers ligger i forutsetningslæren, jf. Rt. 1928 s. 938 og ND 2001 s. 109."<sup>130</sup>

Det er antatt i juridisk teori at en kontraktsregulering kan forhindre anvendelsen av forutsetningslæren ved at partene uttrykkelig regulerer risikoen for en bestemt forutsetningssvikt i kontrakten.<sup>131</sup> Som fremhevet av Hagstrøm/Aarbakke kan partene både regulere hva som skal anses som bristende forutsetninger og hvilke rettsvirkninger det skal tillegges.<sup>132</sup> F.eks. kan de plassere risikoen for svikten annerledes enn det som følger av forutsetningslæren eller de kan avtale at man overhodet ikke skal kunne gjøre gjeldende forutsetningssvikt tilknyttet kontraktsytelsene. Når partene har fastsatt slike reguleringer i kontrakten kan avtalen ikke lempes på grunnlag av bristende forutsetninger.

Dette forutsetter at partene uttrykkelig har inntatt en regulering om bristende forutsetninger i kontrakten. Spørsmålet her er imidlertid hvorvidt partenes kontraktsregulering kan tolkes slik at forutsetningslæren ikke kan anvendes som lempningsgrunnlag, uten at dette er regulert uttrykkelig i kontrakten. Altså om en inntatt hardship-klausul i seg selv kan utelukke anvendelsen av forutsetningslæren.

---

<sup>129</sup> Se kapittel 2.2.3 og 2.3.3.

<sup>130</sup> Høgberg (2006) s. 216.

<sup>131</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 263-265, Høgberg (2006) s. 177 og Bruserud (2010) s. 129.

<sup>132</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 263.

Både rettspraksis og juridisk teori taler for at forutsetningslæren neppe kan sette til side klare kontraktsbestemmelser.<sup>133</sup> Hagstrøm/Aarbakke drøfter spørsmålet opp mot resultatet i Rt. 1989 s. 1215, som gjaldt en familietransaksjon med gavepreg hvor det forelå en betydelig forutsetningssvikt. Etter å ha vurdert avtalens tilblivelse, innhold og karakter kom Høyesterett til at avtalen ikke kunne utfylles med formåls- og forutsetningsbetraktninger. Dommen et sterkt incentiv for at klare og sentrale kontraktsbestemmelser i omfattende og detaljerte kommersielle kontrakter, vanskelig kan settes til side fordi de får utilsiktede konsekvenser for den ene part.<sup>134</sup> Også sitatet gjengitt over taler i denne retning. Det må etter dette kunne legges til grunn at det skal svært mye til før forutsetningslæren kan benyttes som lempningsgrunnlag på entydige og spesifiserte kontraktsbestemmelser i kommersielle kontrakter.

Som drøftet over må ICC 1985 og ICC 2003 sies å inneholde en klar regulering som direkte tematiserer forutsetningslærens anvendelsesområde i tillegg til å gi anvisning på de konkrete lepningsvirkninger forutsetningssvikten kan få. Det er også av vesentlig betydning at hardship-klausulene hovedsakelig benyttes i kommersielle kontrakter mellom profesjonelle parter. Den entydige angivelsen og kontraktsforholdets karakter tilsier at hardship-klausulen kan sette forutsetningslæren ut av spill som selvstendig lepningsgrunnlag slik at klausulen må virke enerådende innenfor sitt anvendelsesområde.

Et vilkår for et slikt resultat er at hardship-klausulen gir partene en effektiv beskyttelse, tilsvarende det vern forutsetningslæren gir partene ved bristende forutsetninger.<sup>135</sup> Dette følger av at forutsetningslæren må anses som et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp som ivaretar grunnleggende rimelighets- og lojalitetshensyn. Dersom hardship-klausulen skal kunne virke enerådende må den tilby partene en tilsvarende beskyttelse av disse hensynene som det som følger av forutsetningslæren.

En annen måte å se dette på er at hardship-klausulen blir gjenstand for en rimelighetsvurdering etter avtl. § 36, slik som beskrevet i kapittel 2.3.3. Jeg vil ikke gå nærmere inn på denne vurderingen, men kort nevne at spørsmålet for domstolen da er

---

<sup>133</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 265 og Bruserud (2010) s. 129.

<sup>134</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 265-266.

<sup>135</sup> Bruserud (2010) s. 130.



om hardship-klausulen i seg selv er urimelig og hvorvidt den på grunn av de endrede omstendighetene blir urimelig å gjøre gjeldende.<sup>136</sup>

I vurderingen av om hardship-klausulen gir partene en tilstrekkelig effektiv beskyttelse er det som tidligere nevnt av avgjørende betydning hvilke subsidiære kontraktsmekanismer klausulen gir anvisning på. De hensyn som ble anført for forholdet mellom modellklausulene og avtl. § 36 gjør seg også gjeldende for forholdet til forutsetningslæren.<sup>137</sup>

ICC 1985 vil ikke ha noen rettsvirkning med mindre partene kommer til enighet, og dersom klausulen skulle virke enerådende ville den frata partene grunnleggende rettigheter. Konklusjonen må derfor bli at en hardship-klausul med samme ordlyd som ICC 1985 ikke gir partene en tilstrekkelig effektiv beskyttelse og at forutsetningslæren må gjelde som et supplerende lempningsgrunnlag. Den rammede part kan da påberope forutsetningslærens rettsvirkninger ved tilfellet av bristende forutsetninger slik at hardship-klausulen ikke vil virke enerådende.

Termineringsadgangen etter ICC 2003 nr. 3 innebærer at den rammede part har de samme lempningsmulighetene etter hardship-klausulen som det som følger av forutsetningslæren. Det er dermed ikke nødvendig å supplere klausulen med lempning etter forutsetningslæren ettersom hardship-klausulen må sies å gi partene en tilstrekkelig effektiv beskyttelse. Konklusjonen blir følgelig at en hardship-klausul med tilsvarende ordlyd som ICC 2003 vil sette forutsetningslæren ut av spill og virke enerådende innenfor sitt anvendelsesområde.

---

<sup>136</sup> Hagstrøm/Aarbakke (2004) s. 265.

<sup>137</sup> Se kapittel 2.3.3, s. 43-46.

### 3 Avslutning

Temaet for avhandlingen har vært å analysere hardship-klausulenes virkning i norsk rett. Etter å ha vurdert hvilken innvirkning hardship-klausuler har, representert ved modellklausulene ICC 1985 og ICC 2003, i relasjon til de aktuelle bakgrunnsrettslige regler, er det blitt oppstilt enkelte delkonklusjoner. Disse kan sammenfattes til én konklusjon som følger:

Dersom hardship-klausulen har tilsvarende ordlyd som ICC 1985 vil ikke klausulen virke enerådende under norsk rett, men den vil suppleres med de bakgrunnsrettslige lempningsreglene om misforholdsbegrensning, avtl. § 36 eller læren om bristende forutsetninger. Hvis klausulen har samme ordlyd som ICC 2003 vil den suppleres med prinsippet om misforholdsbegrensning. Når det derimot gjelder forholdet til de alminnelige lempningsreglene, avtl. § 36 og læren om bristende forutsetninger, vil hardship-klausulen kunne virke enerådende. Det forutsetter imidlertid at man innfortolker en plikt til å foreta et reelt forhandlingsforsøk.

På bakgrunn av de enkelte delkonklusjonene er det visse gjennomgående trekk som gjør seg gjeldende. Virkningen av en kontraktsregulering vil farges av det rettslige regime kontrakten bringes inn i. Ettersom vi i norsk rett har regler som gir adgang til lempning på grunn av endrede omstendigheter er det av avgjørende betydning for hardship-klausulens virkning at den gir partene en tilstrekkelig effektiv beskyttelse, tilsvarende det som følger av de bakgrunnsrettslige lempningsreglene. Dette beror først og fremst på om klausulen inneholder en subsidiær kontraktsmekanisme som gjør det mulig for partene å få lempet kontraktsforholdet uavhengig av enighet. Den sikreste løsningen vil nok være å innta en kontraktsmekanisme om at spørsmålet om revisjon kan avgjøres ved domstols- eller voldgiftsbehandling. Det er mer usikkert om en subsidiær adgang til å terminere kontrakten vil stå seg i norsk rett. Da må det i så fall innfortolkes en plikt til å foreta et reelt forhandlingsforsøk. En ren termineringsadgang vil ellers kunne virke urimelig for den andre parten slik at klausulen må suppleres med lempning etter avtl. § 36.

Det er også av betydning at de bakgrunnsrettslige reglene som er blitt analysert utgjør grunnleggende obligasjonsrettslige prinsipper, av mer eller mindre preseptorisk karakter. Dette skyldes at hardship-klausulene typisk omfatter problemområder som faller under de alminnelige prinsippene i norsk kontraktsrett. Det må naturligvis få betydning for klausulenes virkning i norsk rett. Rettsreglenes preseptoriske elementer vil begrense hva partene kan oppnå med en motstridende hardship-klausul, og det skal svært mye til for å fravike de lempningsmulighetene som rettsreglene gir anvisning på.

Avslutningsvis kan det gis en kort anbefaling, basert på den analyse som er foretatt i avhandlingen. Dersom partene vurderer å innta en hardship-klausul i kontrakten, bør de foreta en konkret vurdering av hvilke behov de søker oppfylt gjennom inkorporeringen. Hardship-klausulens utforming vil ha avgjørende betydning for klausulens virkning i norsk rett, og partene bør derfor være forsiktig med å inkorporere en standardisert hardship-klausul uten å vurdere hensiktsmessigheten opp mot det vern bakgrunnsretten tilbyr. Man bør ikke ukritisk innta hardship-klausuler som er utformet under andre rettssystemer og tro at klausulene vil få den samme virkningen i norsk rett.

## 4 Kilderegister

### 4.1 Lov- og forarbeidsregister

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov (NL) av 15. april 1687.
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 31. mai 1918 nr. 4.
- 1988 Lov om kjøp (kjøpsloven) av 13. mai 1988 nr. 27.
- 1989 Lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven) av 16. juni 1989 nr. 63.
- 1992 Lov om avhending av fast eiendom (avhendingslova) av 3. juli 1992 nr. 93.
- 1999 Lov om husleieavtaler (husleieloven) av 26. mars 1999 nr. 17.
- 2004 Lov om voldgift (voldgiftsloven) av 14. mai 2004 nr. 25.

NOU 1979:32 Formuerettslig lempningsregel

- Ot.prp. nr. 5 (1982–1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31. mai 1918 nr. 4, m.m. (generell formuerettslig lempningsregel).
- Ot.prp. nr. 80 (1986–1987) Om A Kjøpslov B Lov om samtykke til ratifikasjon av FN-konvensjonen om kontrakter for internasjonale løsørekjøp, vedtatt 11. april 1980.
- Ot.prp. nr. 27 (2003–2004) Om lov om voldgift

### 4.2 Rettspraksis

- |                             |                             |
|-----------------------------|-----------------------------|
| Rt. 1988 s. 276 "Røstad"    | Rt. 1998 s. 1980            |
| Rt. 1988 s. 295 "Skjelsvik" | Rt. 1999 s. 922 "Salhusbru" |
| Rt. 1989 s. 1215            | Rt. 2000 s. 806             |
| Rt. 1994 s. 1               | Rt. 2003 s. 1132            |
| Rt. 1998 s. 1683            | LB-2002-665                 |

### 4.3 Litteraturliste

- Andenæs (2009)** Andenæs, Mads Henry: *Rettskildelære*. 2. utg. Oslo, 2009.
- Bergem mfl. (2008)** Bergem, John Egil, Konow, Berte-Elen R. og Rognlien, Stein: *Kjøpsloven 1988 og FN-konvensjonen 1980 om internasjonale løsørekjøp*. 3. utg. Oslo, 2008.
- Bjørnstad (2009)** Bjørnstad, Henrik Wærstad: *Entire Agreement-klausuler*. Oslo, 2009. (Institutt for privatrett, skriftserie nr. 177).
- Black's law dictionary (2009)** Black, Henry Campbell og Garner, Bryan A. (red.): *Black's law dictionary*. 9. utg. St. Paul, Minn., 2009.
- Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law (2011)** Cordero-Moss, Giuditta ... (red.): *Boilerplate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*. Cambridge, 2011.
- Brunner (2009)** Brunner, Christoph: *Force majeure and hardship under general contract principles. Exemption for non-performance in international arbitration*. Alphen aan den Rijn, 2009.
- Bruserud (2010)** Bruserud, Herman: *Hardshipklausuler*. Oslo, 2010.
- Cheshire (2001)** Cheshire, G. C., Fifoot, C. H. S. og Furmstone, M. P.: *Law of Contract*. 14. utg. London, 2001.
- DCFR (2008)** Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. 2008.
- De Ly/Fontaine (2006)** De Ly, Filip og Fontaine, Marcel: *Drafting*

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
|                                 | <i>International Contracts. An Analysis of Contract Clauses.</i> New York, 2006.  |
| <b>Grönfors (1995)</b>          | Gronfors, Kurt: <i>Avtal och omförhandling.</i> Stockholm, 1995.  |
| <b>Hagstrøm/Aarbakke (2004)</b> | Hagstrøm, Viggo i samarbeid med Aarbakke, Magnus: <i>Obligasjonsrett.</i> 3. utg. Oslo, 2003  |
| <b>Hov (2002)</b>               | Hov, Jo: <i>Avtaleslutning og ugyldighet. Kontraktsrett I.</i> 3. utg. Oslo, 2002.  |
| <b>Høgberg (2006)</b>           | Høgberg, Alf Petter: <i>Kontraktstolkning: Særlig om tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter.</i> Oslo, 2006.  |
| <b>ICC (1985)</b>               | International Chamber of Commerce: <i>Force Majeure and Hardship.</i> Paris, 1985.  |
| <b>ICC (2003)</b>               | International Chamber of Commerce: <i>ICC Force Majeure Clauses 2003. ICC Hardship Clauses 2003.</i> Paris, 2003.   |
| <b>Krüger (1999)</b>            | Krüger, Kai: <i>Norsk kjøpsrett.</i> 4. utg. Bergen, 1999.  |
| <b>Lehrberg (1989)</b>          | Lehrberg, Bert: <i>Förutsättningsläran.</i> Uppsala, 1989   |
| <b>Lehrberg (1999)</b>          | Lehrberg, Bert: <i>Omförhandlingsklausuler. Betydelse och rättslig behandling, tillämpningsområden, rekvisit och rättsföljder.</i> Stockholm, 1999.                               |
| <b>Meidell (2002)</b>           | Meidell, Andreas: <i>Reforhandlingsplikt ved irregulær økonomisk utvikling i langvarige kontraktsforhold. I: Lov og rett nr. 8. (2002), s. 498-508.</i>                           |
| <b>Meland/ Witschel (2007)</b>  | Meland, Casper M. og Witschel, Georg: <i>En komparativ analyse av norsk og engelsk kontraktsrett &amp; Mare Liberium and Maritime Security. I: Marius. Årg. 356 (2007), 92 s.</i> |
| <b>PECL (2000)</b>              | Beale, Hugh og Ole Lando (red.): <i>Principles of European Contract Law. Parts I and II.</i> Haag, 2000.  |
| <b>Svarva/ Hagstrøm (1999)</b>  | Svarva, Helge Morten og Hagstrøm, Viggo:  |

- Kontraktsomlegging i entrepriseforhold. I: Tidskrift for rettsvitenskap. (1999), s. 814 -830.*
- UNCITRAL (1987)**                      UNCITRAL: *UNCITRAL Legal Guide on Drawing Up International Contracts for the Construction of Industrial Works*. New York, 1987.
- UNIDROIT Principles (2004)**        International Institute for the Unification of Private Law: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004*. Roma, 2004.
- Woxholth (2009)**                      Woxholth, Geir: *Avtalerett*. 7.utg. Oslo, 2009
- Woxholth (2010)**                      Woxholth, Geir: *Forholdet mellom avtalelovens § 36 og kontraktshjemlede lempningsgrunnlag*. I Knudsen, Gudmund, Normann, Kristin og Woxholt, Geir (red.): *Selskap, kontrakt, konkurs og rettskilder. Festskrift til Mads Henry Andenæs 70 år*. Oslo, 2010, s. 331 - 343